

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho de la Empresa

Economía colaborativa en el transporte urbano: estudio casuístico de los procesos de competencia desleal por violación de normas en contra de Cabify y Uber en la Unión Europea y Comunidad Andina

Francisco Xavier Burbano Bolaños

Tutor: Patricio Francisco Pozo Vintimilla

Quito, 2019

Trabajo almacenado en el Repositorio Institucional UASB-DIGITAL con licencia Creative Commons 4.0 Internacional

	Reconocimiento de créditos de la obra No comercial Sin obras derivadas	
-------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------

Para usar esta obra, deben respetarse los términos de esta licencia

Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Francisco Xavier Burbano Bolaños, autor de la tesis intitulada “Economía Colaborativa en el Transporte Público Urbano: estudio casuístico sobre de los casos por competencia desleal en contra de Cabify y Uber en la Unión Europea y Comunidad Andina”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Estudios de la Cultura en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

06 de febrero de 2020

Firma: 

Resumen

La economía colaborativa en los últimos años ha ido tomando mayor relevancia a nivel global. Esta forma de organización, impulsada por la masificación del internet, ha contribuido a la creación de estructuras no centralizadas conformadas por varios individuos quienes a través de plataformas tecnológicas son capaces de producir y consumir bienes y servicios. Muchas empresas a nivel global han aplicado esta forma de organización para incursionar en distintas áreas de la economía como la del transporte de pasajeros. Empresas como Uber y Cabify proveen a conductores la tecnología necesaria para poder prestar servicios de transporte compitiendo de esta manera los taxis tradicionales. La incursión de estas empresas ha traído consigo una gran resistencia de distintos grupos como organizaciones de taxi o autoridades de control. Una de los argumentos que se ha repetido para buscar prohibir a Uber y Cabify es el alegar la existencia de una práctica de competencia desleal por violación de normas dado que los conductores de estas plataformas usualmente no cuentan con licencias profesionales o de taxi para prestar sus servicios. En países de la Unión Europea como de la Comunidad Andina se han resultado varios procesos planteados en contra de Uber y Cabify bajo el argumento antes planteado, con distintos resultados tanto a favor y en contra.

Palabras clave: economía colaborativa, competencia desleal, violación de normas Uber, Cabify

A mi hijo Francisco quien es la fuerza que me impulsa cada día.

Agradecimientos

Agradezco a mis padres quienes me han apoyado para continuar educándome, sin ellos este trabajo no hubiera sido posible. También a mi esposa quien me ha apoyado.

Tabla de contenidos

Resumen	5
Introducción	13
Capítulo uno	15
1. Generalidades de la economía colaborativa.....	15
1.1. Conceptualización.....	15
1.2. Origen e Historia.....	17
2. Principios de la economía colaborativa	19
2.1.1. Masa Crítica.....	19
2.1.2. Poder de lo subutilizado	20
2.1.3. Creer en “los comunes”	20
2.1.4. Confianza entre extraños	21
3. Actividades de la economía colaborativa	22
3.1. Antecedentes de la economía colaborativa en el transporte	23
3.1.1. Uber	24
3.1.2. Cabify	26
4. Críticas en contra de la economía colaborativa	27
5. Situación jurídica de Uber y Cabify en la Unión Europea.....	30
6. Situación jurídica de Uber y Cabify en los países miembros de la Comunidad Andina.....	33
Capítulo dos.....	37
1. Generalidades de la competencia desleal.....	37
2.1. Definición	37
2.2. Desarrollo histórico de la legislación sobre competencia desleal.....	39
3. Ámbito de protección del régimen de competencia desleal.....	43
3.1. Competidores.....	43
3.2. Derecho de los Consumidores	45
3.3. Interés General.....	47
4. Características de los actos de competencia desleal	50
4.1. Conductas de mercado.....	50
4.2. Finalidad Concurrencial	51
4.3. Carácter objetivo del acto	52
4.4. Ilícito de Peligro	53
4.5. Buena fe o usos honestos.....	54
4.6. Naturaleza extracontractual y contractual	56
5. Actos desleales específicos	56
5.1. Violación de normas	56
5.1.1. Normas concurrenciales y no concurrenciales	57
5.1.2. Prejudicialidad	59

5.1.3. Ventaja competitiva de la infracción	61
Capítulo tres	65
1. Análisis de casos de competencia desleal por violación de normas en Europa y los países de la Comunidad Andina en contra de Uber y Cabify.....	65
1.1. Uber	65
1.1.1. Madrid	65
1.1.2. Barcelona	68
1.1.3. Bruselas	71
1.1.4. Frankfurt	73
1.1.5. Berlín	74
1.1.6. Colombia	76
1.1.7. Perú.....	78
1.2. Cabify.....	78
1.2.1. Madrid	79
1.2.2. Perú.....	82
2. Visión general sobre las decisiones analizadas	83
2.1. Criterios contrarios a las actividades de Uber	84
2.2. Criterios favorables a las actividades de Uber y Cabify.....	84
3. Competencia desleal por violación de normas en el marco jurídico ecuatoriano	85
4. Criterios y recomendaciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado a partir de las actividades de Uber y Cabify.....	87
Conclusiones	91
Recomendaciones.....	93
Bibliografía.....	95

Introducción

El desarrollo económico siempre se verá incluido por el avance la tecnología y las formas de organización humana. En las últimas décadas el mundo ha sido testigo de cómo el internet ha revolucionado la forma en como las personas interactúan y se comunican. Este desarrollo ha traído consigo nuevas formas de organizaciones productivas y de consumo que implican un importante reto no solo para aquellos modelos organizativos consolidados sino también para las entidades regulatorias.

La economía colaborativa, ejemplo de los antes descrito, es el resultado del ímpetu cooperativista de miles o millones de personas en el mundo entero facilitado por el uso masivo de plataformas digitales, quienes se ven impulsados por la búsqueda de un nuevo paradigma de consumo y producción que aproveche el enorme potencial de recursos infrautilizados sin depender de modelos centralizados en pro del beneficio común y una oportunidad de crecimiento económico.

Este modelo organizativo se ha expandido a múltiples áreas económicas generando un conflicto con actores ya establecidos que se han visto amenazados en su forma de hacer negocios, esto ha conllevado a que las autoridades se enfrenten al reto de adaptar el marco regulatoria a la evolución constante del mercado y la sociedad o mantener el statu quo vigente.

El área del transporte de pasajeros no ha sido la excepción a lo que se refiere el párrafo anterior, la irrupción en distintos países de empresas de economía colaborativa como Uber y Cabify ha implicado la sectores como el taxista reaccione buscando bloquear sus actividades a través de distintos medios, entre ellos, el planteamiento de procesos judiciales en contra de estas empresas.

Capítulo uno

1. Generalidades de la economía colaborativa

En el presente capítulo abordaré aspectos conceptuales de la economía colaborativa, describiendo sus orígenes y antecedentes, analizando los principios que rigen este sistema y que diferencia de los sistemas de producción y consumo tradicionales.

A partir de los aspectos generales antes descritos iré analizando de manera más específica cómo la economía colaborativa ha incurrido en el área del transporte en distintas partes del mundo, haciendo especial énfasis en los casos de Uber y Cabify, empresas que serán analizadas a lo largo de este trabajo de investigación.

Finalmente, a partir de las incidencias que Uber y Cabify han tenido en el transporte público urbano, se examinará de manera general cuál es la situación jurídica de estas compañías en la legislación europea y los países que conforman la Comunidad Andina.

1.1. Conceptualización

La economía colaborativa es definida como una nueva forma de organización basada en compartir abiertamente bienes, servicios, trabajo, conocimiento y financiación a fin de aprovechar de manera eficiente los recursos existentes en posesión de iguales.¹ También es visto como un cambio del modelo basado en el hiper consumo característico de la actualidad, hacia un modelo construido bajo los principios comunitarios y el acceso compartido.²

Desde una visión más simplista se ha definido como un modelo que utiliza al internet para poner en contacto a varios proveedores de servicios con clientes y realizar transacciones³; sin embargo, esta conceptualización carece de profundidad y no considera otros aspectos fundamentales como son: la propiedad de los bienes compartidos, las

¹ Albert Cañigüeral, *Vivir mejor con menos / Living better with less*. (Barcelona: Conecta, 2014), 25.

² Comité Económico y Social Europeo, *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre "Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI*, 14 de febrero de 2014), num 3.14, 2014/C 177/01.

³ Tom Slee, *Lo Tuyo es Mío: En contra de la economía colaborativa* (Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial, 2016), 4.

partes intervinientes, la masa crítica y la confianza entre iguales, como más adelante se verá. De igual manera limitarla al uso del internet para realizar negocios implica que cualquier plataforma de comercio resultaría ser parte de la economía colaborativa, aspecto erróneo.

La Comisión Europea ha descrito a la economía colaborativa como un sistema en el cual prestadores de bienes, servicios, tiempo y/o competencias de forma profesional u ocasional, se relacionan con usuarios a través de plataformas en línea que sirve como intermediarios para efectuar transacciones con ánimo de lucro o no y que no necesariamente implican una transferencia de la propiedad.⁴

Partiendo de lo antes mencionado la economía colaborativa no solo implica la prestación de un bien o servicio a cambio de dinero a través de una plataforma digital, también se puede utilizar otros medios compensatorios como el trueque, alquiler, los préstamos, compras grupales y adquisición de bienes de segunda mano⁵; otra consideración a tener presente es el hecho de que en muchos casos el uso de los bienes transferidos no comprende un cambio de propiedad o un vínculo contractual permanente cuando a servicios se trata. La idea detrás de estas interacciones es la satisfacción de las necesidades temporales lo cual implica que en algunos casos una vez cumplido con su objetivo regresan a su estado inicial o pasan a un nuevo requirente sin desaprovechar los recursos⁶.

Además de los aspectos antes señalados se puede complementar que este modelo se sustenta en redes formada por individuos y comunidades en contraposición a instituciones centralizadas a fin de producir, consumir, aprender y financiar.⁷

Sin desvirtuar que la economía colaborativa está sustentada en la interacción de iguales también existen otras visiones mucho más amplias en donde se consideran como actores de este modelo a entidades gubernamentales y empresas siempre y cuando la interacción permita el uso compartido de los recursos disponibles y como estos pueden contribuir a una sociedad sostenible; lo que conlleva a un concepto mucho más amplio

⁴ Comisión Europea, *Una Agenda Europea para la economía colaborativa*, 2 de junio de 2016, 3, COM(2016) 356 final.

⁵ Comité Económico y Social Europeo, *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre "Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI*, 14 de febrero de 2014), num 3.14, 2014/C 177/01.

⁶ Russell Belk, "You Are What You Can Access: Sharing and Collaborative Consumption Online", *Journal of Business Research* 67, n.º 8 (2014): 1595-1600, doi:10.1016/j.jbusres.2013.10.001.

⁷ Isabell Roggenkamp, "What's Mine Is Yours, But for a Price: A model of fair pricing perceptions on willingness to engage in the collaborative economy-the case of Airbnb" (tesis de maestría, Copenhagen Business School, 2015), 12, <https://studenttheses.cbs.dk/handle/10417/5672>.

que engloba una gran cantidad de relaciones económicas, sociales, políticas y ambientales.⁸

A partir de los conceptos antes citados se podría concluir que la economía colaborativa es un modelo basado en la interacción de individuos facilitado por el uso de plataformas digitales para la producción y consumo de toda clase de recursos que de otra manera estarían subutilizados.

1.2. Origen e Historia

El elemento colaborativo de una organización no es una característica reciente; por el contrario, se podría decir que se remonta a los inicios mismo de la humanidad la cual estaba necesariamente obligada a cooperar para sobrevivir en un ambiente hostil. Si nos trasladamos a épocas más recientes podemos encontrar en los inicios de la revolución industrial que la aparición del modelo cooperativista fue una respuesta a las precarias condiciones laborales que muchos de los trabajadores vivían en aquella época.⁹

Es así que a lo largo de la historia existen distintas formas de agrupaciones cooperativistas que fueron tomando especial fuerza en países europeos como Gran Bretaña a partir de la última década del siglo XVIII y más adelante se irían consolidando, en Londres, con la Alianza Cooperativa Internacional en el año de 1895.¹⁰ Esta visión de desarrollo cooperativo se fue extendiéndose por toda Europa continental originando así nuevas e interesantes iniciativas en varios países, especialmente en Alemania y Francia.

En América los pueblos indígenas desde sus orígenes hasta la actualidad han sustentado sus organizaciones sociales a través de distintas figuras cooperativas como son minga, mineca o mano vuelta; posterior a la llegada de los españoles grupos jesuitas también instauraron modelos cooperativos para la producción de tierras particulares y comunales.¹¹

⁸ Harald Heinrichs, "Sharing Economy: A Potential New Pathway to Sustainability", *GAIA - Ecological Perspectives for Science and Society* 22, n.º 4 (2013): 228, <https://pdfs.semanticscholar.org/4e91/16758a648724c637597825af1065a8c50dbe.pdf>.

⁹ Comité Económico y Social Europeo, *La economía social en la unión Europea* (Bruselas, Bélgica: Comité Económico y Social Europeo, 2012), 13.

¹⁰ *Ibíd.* 13

¹¹ Jorge Coque Martínez, "Las cooperativas en América Latina: visión histórica general y comentario de algunos países tipo", *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n.º 43 (2002), 7 <http://www.redalyc.org/resumen.oa?id=17404309>.

Otro ejemplo de cooperación se puede encontrar en Zúrich en el año de 1948 en donde existían pequeños grupos organizados de personas que acordaban el compartir vehículos para poder movilizarse; esta forma de organización continuó siendo popular hasta la década de los ochenta del siglo pasado a través de organizaciones cooperativas y asociaciones sin finalidad de lucro¹².

Como se puede constatar, sin buscar profundizar sobre la historia del cooperativismo y otras formas de colaboración productiva, la existencia de modelos de desarrollo basados en la participación colectiva entre pares se remonta a siglos atrás y hasta el día de hoy continúan en plena vigencia; sin embargo, como ya se había señalado anteriormente el aspecto cooperativo o participativo no es el único elemento base para entender a la economía colaborativa. Otro elemento a considerar es el uso de la tecnología, más específicamente el internet, como puente para interconectar a los miembros de una red.

Creado en el año de 1969 para fines militares, el internet tomaría verdadero impulso en el año de 1994 con la aparición de navegadores de las empresas Netscape y Microsoft¹³. Desde la popularización de esta tecnología a nivel global el mundo ha sido testigo de cómo ha evolucionado desde una interacción unidireccional en la cual los creadores de contenidos ponían a disposición la información a los usuarios, quienes estaban limitados a observarla sin poder interactuar en su desarrollo, lo que se conoce como web 1.0;¹⁴ hasta la actualidad en donde la línea entre creador y lector se vuelve difusa o simplemente inexistente ya que los propios usuario son quienes crean, aportan, revisan, corrigen y debaten el contenido de la internet, creando así dinámica bidireccional de ideas en constante evolución y crecimiento.¹⁵

Es en este laboratorio digital es donde se empiezan a gestar las ideas que darían origen a la economía colaborativa. Emprendimientos que después se consolidarían a nivel global como Wikipedia, EBay, Facebook, Reddit, etc. son ejemplos de cómo millones de personas a nivel mundial utilizan el internet para crear contenido, hacer negocios, compartir experiencias y conocimientos.

¹² Cristiano Codagnone y Bertin Martens, *Scoping the Sharing Economy: Origins, Definitions, Impact and Regulatory Issues*, (Rochester, NY: Social Science Research Network), 2016, 6.

¹³ Vicente Trigo Aranda, "Historia y evolución de Internet", *Manual formativo de ACTA* n.º 33 (2004): 4, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5098592&orden=1&info=link>.

¹⁴ Lorenzo García Aretio, "Web 2.0 vs web 1.0", *Contextos Universitarios Mediados*, n.º 14, (2014), 3-4, http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:UNESCO-contextosuniversitariosmediados-14_1/Documento.pdf.

¹⁵ *Ibid.*, 4.

Aun cuando el término “economía colaborativa” fue acuñado en el 2007 por Ray Algar en un artículo publicado en un boletín de Leisure Report¹⁶ para describir empresas como Zipcar, fundada en el año 2000, la cual consiste en un modelo de alquiler de vehículos compartido y descentralizado; o Couchserfing, creada en el 2004, que brinda un servicio para compartir casas¹⁷ y que empezaban a gestar lo que hoy en día se conoce de manera general como economía colaborativa.

2. Principios de la economía colaborativa

Para Rachel Botsman y Roo Rogers la economía colaborativa se sustenta en cuatro principios que la diferencian de un modelo tradicional de producción y consumo, y son los siguientes:

- Masa crítica;
- Poder de lo subutilizado;
- Creer en “los comunes”; y,
- Confianza entre extraños.¹⁸

2.1.1. Masa Crítica

La masa crítica es un concepto que forma parte de la terminología sociológica el cual describe la necesidad de contar con un número suficiente de consumidores para que un sistema sea auto sostenible¹⁹. En términos empresariales es la cuota de mercado que debe tener un producto o servicio para que resulte competitivo; teniendo un lapso de tiempo limitado para poder llegar a la masa crítica o caso contrario la presión de no alcanzar los mínimos de consumidores desencadenará en el abandono del proyecto.²⁰

La masa crítica es un aspecto especialmente importante para la economía colaborativa, no solo porque en cualquier tipo de negocio es fundamental contar con una

¹⁶ Ray Algar, "Collaborative Consumption", *Leisure Report*, (2007): <https://issuu.com/ralgar/docs/collaborative-consumption2007rayalgar>.

¹⁷ Brad Stone, *Lo que viene: Cómo Uber, Airbnb y las nuevas empresas de Silicon Valley están cambiando el mundo*, trad. Scheherezade Surià (Barcelona: Deusto S.A. Ediciones, 2018), 110-12.

¹⁸ Rachel Botsman y Roo Rogers, *What's mine is yours: the rise of collaborative consumption*, (New York: Harper Business, 2010), 54.

¹⁹ *Ibíd.*, 55.

²⁰ Francisco J. Manso Coronado, *Diccionario enciclopédico de estrategia empresarial* (Madrid: Díaz de Santos, 2003), 315.

base suficiente de clientes, sino además por sus características se requiere contar con un mínimo de personas que puedan ofrecer el suficiente número de bienes o servicios para poder satisfacer la demanda. Como ejemplo tomaré el modelo de negocio de Uber, en donde a falta de un solo proveedor del servicio de transporte que tenga decenas o centenares de vehículos existen centenares de individuos que poseen un solo vehículo que prestan sus servicios. Otro ejemplo se puede poner el caso de Airbnb, en donde la gran cantidad de habitaciones, casas, departamentos u otros ambientes puestos a disposición por distintas personas permite competir con grandes cadenas hoteleras.

2.1.2. Poder de lo subutilizado

Este principio se encuentra sustentado en la utilidad de las cosas adquiridas y cómo la mayor parte de las mismas apenas será ocupada durante una mínima fracción de su vida útil. Se puede tomar como ejemplo un taladro, usualmente es una herramienta que muy frecuentemente es adquirida para realizar trabajos en los hogares pero que apenas será utilizada un par de veces, ahora es necesario imaginar los miles de taladros que deben existir en el mundo y como la gran mayoría se encuentran olvidados en algún lugar. Aquí yace el verdadero potencial de la economía colaborativa, el aprovechamiento de toda esa capacidad subutilizada que mantienen millones de personas a nivel global.²¹

La optimización de bienes y servicios implicaría el aprovechamiento de una enorme riqueza infrautilizada que podría beneficiar al medio ambiente con la disminución de emisiones de co2 y basura que se genera en el sistema de consumo actual.²²

2.1.3. Creer en “los comunes”

Para explicar este principio partiré del trabajo efectuado por Garrett Hardin llamado “La tragedia de los Comunes” en donde describe como el acceso sin restricciones a los recursos naturales limitados y la búsqueda de maximizar las ganancias conlleva al

²¹ Botsman y Rogers, "What's mine is yours", 54.

²² Comité Económico y Social Europeo, *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI*, 14 de febrero de 2014), num 4.6, 2014/C 177/01.

agotamiento de estos recursos y por ende a un resultado negativo para todos los demás individuos que dependen de los mismos.²³

La economía colaborativa implica un cambio a las concepciones descritas por parte de Hardin y vigentes hoy en día, ya que conlleva que a través del uso de redes los consumidores establezcan métodos de aprovechamiento de recursos de manera racional, reutilización y colaborando de manera inteligente, dando así un paso de lo privado hacia lo compartido.²⁴ Para esto también es necesario que los procesos productivos promuevan productos más duraderos que permitan su reutilización y de esta manera el intercambio entre individuos.²⁵

2.1.4. Confianza entre extraños

Como ya se ha señalado anteriormente la economía colaborativa está construida sobre la base de las distintas interacciones entre iguales, individuos que poseen un bien o servicio que le puede ofrecer a otro sin que en esta relación exista una asimetría sustancial con respecto a su influencia dentro del mercado, pero para que un sistema así funcione es necesario que entre los miembros exista un grado de confianza que facilite la interacción.²⁶

La confianza en gran medida es reforzada por la información o calificación que usuarios anteriores han dado al prestador de los bienes o servicios, esto conlleva a que los usuarios cuiden de su reputación mediante interacciones responsables con los otros miembros que forman el grupo, esto permitirá gestionar mejor el riesgo. Estas interacciones conllevan a crear un sentimiento de comunidad y confianza con respecto a los otros miembros minimizando los riesgos mediante la consolidación de información construida por los propios usuarios, permitiendo así excluir a quienes no están comprometidos con la finalidad de la comunidad.²⁷

²³ Garrett Hardin, "The Tragedy of the Commons", *Science, New Series* 162, n.º 3859 (1968): 1243-48: <https://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243/tab-pdf>.

²⁴ Botsman y Rogers, *What's mine is yours*, 63.

²⁵ Comité Económico y Social Europeo, *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre "Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI*, 14 de febrero de 2014), num 2.7, 2014/C 177/01.

²⁶ *Ibid*, num 2.9.

²⁷ *Ibid*, num 3.10.

3. Actividades de la economía colaborativa

En la era de la información y globalización la economía colaborativa se ha abierto paso en un sin número de sectores de las economías alrededor del globo²⁸ siendo posible clasificar en cuatro grandes grupos.

En primer lugar, se encuentra el consumo colaborativo, el cual engloba a la comercialización de bienes y servicios. Es aquí en donde se hallan los mercados de distribución los cuales tienen la finalidad de ser un nexo para que los bienes que ya no se encuentran en uso por sus propietarios puedan pasar a otras manos en donde si son de utilidad. También se encuentran los sistemas destinados a la satisfacción de necesidades y acceso a bienes, pero no a la transferencia de propiedad de los mismos como son Uber o Cabify, Airbnb o Zipcar. Y finalmente también se incluye aquellos sistemas de vida colaborativa que consisten en el intercambio de intangibles como pueden ser servicios personales, habilidades o tiempo.²⁹

La segunda actividad es la producción colaborativa, la cual consiste en sistemas en donde los individuos colaboran en el desarrollo, diseño y producción de bienes a partir de una propuesta presentada. La participación puede ser efectuada en todo el desarrollo del proyecto, ya sea desde las ideas iniciales hasta la distribución final de los bienes desarrollados.³⁰ Bajo este concepto se han construido interesantes iniciativas como es el caso de *OpenStreetMap*, un proyecto global que consiste en la elaboración de un mapa a partir de los aportes de individuos dispuestos a colaborar.

El aprendizaje colaborativo es la tercera actividad.³¹ Engloba aquellas redes o sistemas en donde las personas pueden compartir sus ideas, experiencias y conocimientos de manera libre entre los distintos miembros que conforman la red mediante la utilización de medios virtuales³² propiciando un desarrollo de habilidades individuales y grupales. También comprende la publicación de conocimientos hacia la colectividad.³³

²⁸ Rosalía Alfonso Sánchez, *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (Pamplona: Editorial Aranzadi, S.A.U, 2017), 65-66.

²⁹ Alonso Sánchez, "Economía Colaborativa: un nuevo mercado para la economía social", *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa* n.º 88 (2016): 237.

³⁰ *Ibíd.*

³¹ *Ibíd.*

³² Pilar Gómez Miranda y Fernando Vázquez Torres, "Una institución virtual para el aprendizaje colaborativo", *Apertura: Revista de Innovación Educativa* 5, n.º 1 (2005), 106.

³³

Como última actividad se encuentran las finanzas colaborativas o también conocido como el crowdfunding. Esto no solo se limita al otorgamiento de créditos a cambio de un retorno del capital con intereses como lo haría una institución financiera; al día de hoy los sistemas colaborativos sirven como semilleros de ideas y proyectos en los cuales pequeños emprendedores pueden exponer sus innovaciones a través de una plataforma digital a miles de personas alrededor del mundo para así obtener financiamiento y llevar a cabo sus aspiraciones.³⁴

El crowdfunding es un término acuñado en el 2006 por Michael Sullivan quien lo plasmó en un artículo de su blog denominado Fundavlog³⁵, describe el mecanismo por el cual una persona financia un proyecto, usualmente a través de micro transacciones, en contraprestación se puede obtener distintos beneficios como por ejemplo el acceso exclusivo al producto antes que salga al mercado, adquirirlo a precio reducido, acceder a características diferenciadas, etc., aunque también la aportación puede tener carácter de donación³⁶.

3.1. Antecedentes de la economía colaborativa en el transporte

Incluso antes que Uber o cualquier otra compañía acapare la atención mundial por los efectos positivos o negativos que puedan tener, ya en los primeros años del nuevo milenio existieron iniciativas que de haber triunfado sin lugar a dudas hubieran cambiado la realidad actual. El primer antecedente se puede remontar al año 2003, promovido por Jason Finger nació la web denominada Seamless Wheels una plataforma en donde se podía contratar de manera directa limusinas en Manhattan. La idea fue bastante exitosa entre los grandes bufetes de abogados de la ciudad ya que excluía a intermediarios del transporte reduciendo tiempo y gastos aunque finalmente no prosperó dado a las amenazas que Finger recibió por grupos controlaban este negocio por aquellos años.³⁷

Posteriormente en el año 2008 aparecería Taxi Magic, cuyo funcionamiento estaría más cerca a lo que hoy conocemos en Cabify y Uber, empezó a operar en distintas

³⁴ Teresa Rodríguez, "El crowdfunding: una forma de financiación colectiva, colaborativa y participativa de proyectos", *Pensar en Derecho* n.º 364, (2013), 103.

³⁵ Jaime Gutiérrez, "El "crowdfunding" mucho más que un mecenazgo", *Revista Contable* n.º 49, (2014), 10: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4647477.pdf>.

³⁶ Eric Rivera Butzbach, *Crowdfunding: La eclosión de la financiación colectiva un cambio tecnológico, social y económico*, (Barcelona, edicionesqve, 2012), 16-17.

³⁷ Stone, "Lo que viene", 86-87.

ciudades alrededor de los Estados Unidos como una aplicación de iPhone que permitía acceder a un taxi, aun cuando prometía ser una revolución a la hora de solicitar el servicio de transporte, llegando a más de 25 ciudades y contando en un inicio con buenas críticas por parte de los expertos, las limitaciones de los operadores que brindan el servicios de transporte y la propia aplicación hicieron detener su expansión; finalmente fue vendida a Verifone en 2014³⁸ sin lograr consolidarse como se esperaba.

3.1.1. Uber

Aun cuando alrededor del mundo existen múltiples empresas de economía colaborativa que brindan servicios de transporte público es sin lugar a dudas Uber aquella que mayor impacto mediático ha generado, es por este motivo que a continuación efectuaré un repaso a su desarrollo histórico, abarcando desde su fundación hasta la actualidad.

Al igual muchos de los más grandes inventos que ha dado la historia, la creación de Uber nace de un problema cotidiano y una simple solución proveniente de una persona visionaria. En el año 2008 después de haber vendido la compañía StumbleUpon a eBay por 75 millones de dólares Garret Camp se había convertido en multimillonario cuando ni siquiera había cumplido los 30 años de edad. Es así que mientras vivía en la ciudad de San Francisco, al igual que una gran mayoría de los residentes de allí, se enfrentó a los problemas que el servicio de taxi ocasionada.³⁹

En aquellos años en San Francisco, como en muchas ciudades del globo, el servicio de taxi estaba monopolizado por las compañías ya constituidas, con una población por sobre los 700 mil habitantes la ciudad contaba con apenas 15 mil licencias de taxis, las cuales no podían ser revendidas y solo estaban disponibles cuando algunos de los dueños fallecían. Esto hacía que existiera una enorme descompensación entre la alta demanda y una reducida oferta ocasionando que el servicio fuera de una pobre calidad. Además, las autoridades cada año se encontraban fuertemente presionadas por los sindicatos de taxis a no incrementar el número de licencias lo que impedía mejorar la competencia.⁴⁰

³⁸ *Ibíd.*, 90-95.

³⁹ *Ibíd.*, 53-55.

⁴⁰ *Ibíd.*, 54.

La débil oferta y la negativa de las autoridades otorgar más licencias habían ocasionado la existencia de todo un sistema no legalizado de transporte; conductores que prestaban el servicio por toda la ciudad pero que no contaban con los permisos e identificaciones apropiadas, lo que limitaba mucho su accionar ya que por seguridad muchos de los posibles usuarios evitaban acceder a sus servicios dejándolos improductivos por grandes lapsos de tiempo.⁴¹ A partir de la visualización de esos problemas Garret Camp empezó a esbozar las posibles soluciones, entre ellas, crear un sistema en el cual los usuarios puedan acceder a los servicios de taxi mediante una aplicación móvil y conocer cuál es la ubicación y tiempo de llegada de los vehículos.⁴²

Estas ideas terminarían madurando a partir de diciembre de 2008 en la ciudad de París, momento en el cual Camp conoció a Travis Kalanick, juntos a lo largo de los meses siguientes fundarían Ubercab y tardando poco más de un año para que el 5 de julio de 2010 el primer usuario utilizaría la aplicación.⁴³

Cuando Camp y Kalanick ya habían iniciado la compañía y atraído a los primeros inversores, empezaría los problemas con las autoridades de control. El 20 de octubre de 2010 representantes de la Comisión de Servicios Públicos de California y la Agencia de Transporte Público de San Francisco se harían presente en la joven compañía con amenazas para sus fundadores que iban desde multas hasta prisión de 90 días.⁴⁴ Las presiones finalmente solo llevarían a que Ubercab cambie de nombre a Uber y que la autoridad reguladora no considere a la compañía como una empresa de transporte sino un intermediario entre consumidores y conductores.⁴⁵

De allí en adelante la expansión de la empresa ha sido sustancial, iniciando por Australia en noviembre de 2012 para luego llegar a México en agosto de 2013 Uber no ha dejado de crecer en usuarios y locaciones. Desde el lanzamiento de la App en el año 2010 en tan solo cuatro años logró una expansión en 230 ciudades, esta cifra casi se ha triplicado al 2019 con un total de 600 ciudades en todo el mundo.⁴⁶ Uber no solo ha abierto mercados en distintas regiones del globo, también ha creado nuevas líneas de

⁴¹ *Ibíd.*, 57.

⁴² *Ibíd.*, 62-63.

⁴³ Uber Newsroom Ecuador, "La historia de Uber: Línea de tiempo de Uber", accedido 24 de agosto de 2018, <https://www.uber.com/es-EC/newsroom/history/>.

⁴⁴ Stone, "Lo que viene", 140-41.

⁴⁵ *Ibíd.*, 160-61.

⁴⁶ Uber Newsroom Ecuador, "La historia de Uber: Línea de tiempo de Uber", accedido 24 de agosto de 2018, <https://www.uber.com/es-EC/newsroom/history/>.

servicios como lo es UberEats, servicio de cáterin que conecta a restaurantes con comensales.⁴⁷

En el Ecuador empezó a prestar sus servicios en julio de 2017 en las ciudades de Quito y Guayaquil⁴⁸ compitiendo directamente con las cooperativas de taxis y añadiendo además un seguro para gastos médicos y muerte accidental que cubre a todos los usuarios de este servicio. En la actualidad no existen cifras sobre cuál es la cantidad de conductores que están afiliados a la empresa lo que dificulta determinar su verdadero impacto en el sector del transporte. Pese a ello los conflictos con el sector taxista no han sido menores; desde que Uber entró en funciones en el país se han suscitado varios incidentes, que van desde denuncias ante las autoridades de control hasta cierre de vías. Bajo estas presiones las autoridades han respondido incrementando los controles a los conductores de Uber.

3.1.2. Cabify

A la sombra de Uber y al otro lado del océano atlántico en el segundo semestre del 2011 en el barrio Tetuán de Madrid se gestaba lo que hoy en día es Cabify. Al igual que su contraparte americana Cabify tardaría en dar sus primeros pasos y sería necesario capital externo de e-Merge, cuyos representantes ya con la experiencia de haber probado Uber, apoyaron la idea otorgando un millón de dólares para iniciar sus actividades.⁴⁹

A lo largo de su vida Cabify se ha expandido hacia el mercado de América Latina, empezando por Chile, México y Perú en el año 2012, para luego tener presencia en Colombia en el 2015 y finalmente en los países de Brasil Panamá, Ecuador, República Dominicana, Uruguay y Argentina en el 2016.⁵⁰

Cabify mantiene operaciones en más de 35 ciudades en los países antes mencionados, llegando a estar valorada el año 2018 en más de mil millones de euros.⁵¹ En gran medida la clave para que Cabify haya tenido los buenos resultados al día de hoy

⁴⁷

⁴⁸

⁴⁹ Rafa Galán, "Cabify murió 5 veces en 3 años... Tomamos decisiones que nadie en su sano juicio tomaría", *Emprendedores*, 23 de febrero de 2017, <http://www.emprendedores.es/casos-de-exito/a67674/juan-de-antonio-cabify-startup-de-futuro/>.

⁵⁰ Histografías, "La historia de Cabify convertida en infografía", *Histografías*, accedido 13 de diciembre de 2018, <http://histografias.com/infografia-historia-cabify.html>.

⁵¹ Hosteltur, "Cabify es el primer unicornio español: su valor supera los 1.000 M € | Transportes", *Hosteltur: Toda la información de turismo*, accedido 13 de diciembre de 2018, https://www.hosteltur.com/126605_cabify-es-primer-unicornio-espanol-su-valor-ya-supera-1000-m.html.

es su adaptabilidad y el gran abanico de servicios que otorga como son: Cabify Access para personas con movilidad reducida, Cabify Baby para familias con niños pequeños, Cabify Executive para servicios corporativos e incluso Cabify Electric para quienes prefieren movilizarse sin dejar huella ambiental.⁵²

Cabify en el Ecuador lleva funcionando en Quito y Guayaquil desde septiembre de 2016.⁵³ No existen datos oficiales y exactos sobre el número de conductores bajo la empresa ni los ingresos de la misma en el ámbito local.

Más allá de las ligeras diferencias con relación a la personalización de sus ofertas, tanto Uber como Cabify esencialmente prestan los mismos servicios de transporte, ambos se autodefinen como empresas tecnológicas de la economía colaborativa que actúan como intermediarios entre usuarios y conductores quienes se contactan a través de sus plataformas.

4. Críticas en contra de la economía colaborativa

Hasta el momento, en especial en la etapa conceptual, se ha recogido el criterio de distintos autores elogiando los beneficios de la economía colaborativa, posicionándola como un modelo eficiente en el uso de recursos y la repartición de la riqueza; sin embargo, también existen argumentos en su contra, criticando los supuestos beneficios que conlleva y recalando las afectaciones que tiene sobre distintos grupos y actores del mercado según el área desde donde se analice.

Para muchos críticos los sueños de un modelo que contribuya a la sostenibilidad en donde se busca aprovechar los recursos que usualmente estarían subutilizados o crear alternativas de empleo flexibles que se adapten a las necesidades de tiempo de los individuos en lugar de las jornadas de trabajo rígidas no es más que una ilusión creada por enormes corporaciones, las cuales solo buscan rentabilizar estos negocios a costa de la precarización laboral y violación de normas locales que protegen a los trabajadores y pequeños emprendedores.⁵⁴

⁵² *Ibíd.*

⁵³ El Universo "Firma española entra al negocio de taxi ejecutivo", *El Universo*, 4 de agosto de 2016, <https://www.eluniverso.com/noticias/2016/08/04/nota/5724588/firma-espanola-entra-negocio-taxi-ejecutivo>.

⁵⁴ Slee, *Lo Tuyo es Mío: En contra de la economía colaborativa*, 5-6.

Detrás de los íconos de la economía colaborativa se encuentran enormes grupos económicos que financian sus actividades, es así por ejemplo Uber ha recibido inversiones de parte de Goldman Sachs y Jeff Bezos, director general de Amazon y uno de los hombres más ricos de la historia. Airbnb ha tenido como motor financiero el aporte del multimillonario Peter Thiel, fundador de Paypal, y la empresa Andreessen Horowitz, líder en capital de riesgo. A partir de estos hechos se ha criticado argumentando que la economía colaborativa es solo una herramienta más para expandir políticas liberales y desregulatorias a nivel global, beneficiando finalmente a grandes grupos económicos.⁵⁵

Economía sumergida es como algunos autores llaman a la economía colaborativa dado los posibles efectos negativos que pueden tener este tipo de negocios sobre el cumplimiento de obligaciones regulatorias, incluyendo laborales y fiscales. En muchos casos bien puede representar un retroceso al acceso de derechos adquiridos por años de luchas sociales, en donde la ejecución de una actividad no está sometida a la regulación estatal sino a la oferta y demanda.⁵⁶

La situación laboral de quienes prestan los servicios en las plataformas como Uber o Cabify es un tema especial, sobre todo si consideramos que estas empresas se presentan a sí mismas como meros intermediarios tecnológicos que no imponen condiciones que podrían generar un vínculo laboral como son horarios de trabajo, cumplimiento de obligaciones bajo una jerarquía o una remuneración definida y proveniente de un empleador.

Este tipo de empresas buscan abiertamente distanciarse de la relación laboral utilizando terminología propia, a fin de evitar asumir obligaciones legales con quienes prestan servicios bajo sus plataformas;⁵⁷ sin embargo, para el caso del transporte, abiertamente presionan a los conductores a aceptar el mayor número de viajes disponibles a cambio de su permanencia en las plataformas de servicios.⁵⁸

Si las críticas con relación a la deficiente protección jurídica de los derechos de quienes prestan sus servicios bajo empresas como Uber y Cabify han sido cuando menos feroces, desde el aspecto económico también existen argumentos negativos. Como ejemplo se puede tomar un informe presentado por Uber en el mes de mayo de 2014 en

⁵⁵ *Ibíd.*, 20-21.

⁵⁶ Rodríguez Miguel y Royo Piñero, «La agenda reguladora de la economía colaborativa: aspectos laborales y de seguridad social», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2017, 142-43.

⁵⁷ *Ibíd.*, 144-45.

⁵⁸ Slee, "Lo Tuyo es Mío: En contra de la economía colaborativa", 73-74.

donde afirmaba que un conductor en New York podía tener ingresos anuales de más de 90 mil dólares y de 74 mil si era de San Francisco. Estos valores triplicaban lo que un taxista tradicional podía recibir en el mismo periodo que es de unos 30 mil dólares. Eventualmente este informe fue replicado por una serie de medios de comunicación, anunciando de manera abierta el éxito de este modelo de negocio por sobre el taxismo tradicional.⁵⁹

Posteriormente una investigación del Washington Post reveló que los datos presentado por Uber en realidad estaban antojadizamente presentados, revelando una verdad a medias sin exponer toda la información. El promedio presentado de 90 mil dólares había sido tomado de conductores que laboraban por sobre las 40 horas semanales⁶⁰ y otra investigación periodística demostró que los cálculos fueron presentados sin considerar los gastos que los conductores deben incurrir como son: gasolina, repuestos, revisiones mecánicas, incluyendo el porcentaje que Uber obtiene por cada recorrido; con estas consideraciones los beneficios se reducían sustancialmente hasta más un 50% de los primeros valores presentados.⁶¹

La realidad antes descrita también se repite en otros países en donde operan estas plataformas. De acuerdo a datos recopilados por la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, los conductores deben efectuar jornadas de entre 10 y 12 horas para poder obtener ganancias aceptables considerando que tanto Uber como Cabify obtienen el 25% del ingreso por cada viaje a lo cual si se resta otros costos de mantenimiento el beneficio final es de tan solo una cuarta parte de los ingresos brutos.⁶²

Una característica que se ha destacado con anterioridad sobre la economía colaborativa es que el sistema tiene a recompensar aquellos miembros que mejor se desempeñan; sin embargo, este aspecto en la realidad también puede tener efectos contraproducentes que afecten aquellos miembros menos favorecidos. La presión de obtener buenas calificaciones de usuarios en plataformas como Uber y Cabify puede conllevar a generar una distorsión en el comportamiento de aquellos individuos

⁵⁹ Ibid. 63.

⁶⁰ *Washington Post*, "Uber's Remarkable Growth Could End the Era of Poorly Paid Cab Drivers", *Washington Post*, accedido 4 de enero de 2019, <https://www.washingtonpost.com/news/innovations/wp/2014/05/27/ubers-remarkable-growth-could-end-the-era-of-poorly-paid-cab-drivers/>.

⁶¹ Felix Salmon, "How well uberX pays, part 2", *felix salmon*, 8 de junio de 2014, <https://medium.com/@felixsalmon/how-well-uberx-pays-part-2-cbc948eaeaf>.

⁶² Mario González, José Lizcano, y Yefer Asprilla, "Uber en el Medio Ambiente Urbano: una revisión desde la teoría de sistemas en el caso mazatlán", *Revista REDES*, Edición Especial, (2017), 135-36.

pertenecientes a minorías sociales con el fin de no ser discriminados generando a su vez una presión psicológica y pérdida de identidad cultural, de igual manera puede excluir aquellas personas que por su condición física no puedan cumplir con los niveles mínimos de atención.⁶³

5. Situación jurídica de Uber y Cabify en la Unión Europea

A partir de un informe emitido por el Comité Europeo el año 2016, el Parlamento Europeo el 15 de junio de 2017 emitió la resolución Nro. A8-0195/2017⁶⁴ en donde se establece una serie de lineamientos en como los países miembros de la Unión Europea fomentarán el desarrollo de la economía colaborativa y como esta puede ser una herramienta para el progreso económico, laboral y social de las poblaciones.⁶⁵

Allí se reconoce la incertidumbre existente sobre cuál es el marco regulatorio aplicable, debiendo determinarse el tipo de servicio que prestan las plataformas colaborativas para de esta manera garantizar la seguridad jurídica o si es necesario modificar o emitir nuevas normas “en particular por lo que respecta a los intermediarios activos y sus requisitos en materia de información y transparencia, incumplimiento y responsabilidad”.⁶⁶

Hasta antes de un pronunciamiento del Tribunal de Justicia Europeo las empresas de economía colaborativa como Uber y Cabify, en base a la resolución Nro. A8-0195/2017, eran consideradas como prestadores de servicios de la sociedad de la información estando sujetas a la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo lo cual implicaba que el funcionamiento de las mismas no requería autorización previa por los Estados miembros ni otro requisito adicional.⁶⁷

A raíz de una solicitud efectuada por el Juzgado de lo Mercantil Nro. 3 de Barcelona, órgano de primera instancia, dentro del proceso judicial seguido por la Asociación Profesional Elite Taxi en contra de Uber Systems Spain, el Tribunal de

⁶³ Emanuele Dagnino, "Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la sharing/on-demand conomy", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* 3, n.º 3 (2015): 1-29.

⁶⁴ Tribunal de Justicia Europeo (Gran Sala), “Sentencia”, Asunto C-434/15”, párrafo 51, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=198047&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=334595>.

⁶⁵

⁶⁶ Ibid, núm. 26.

⁶⁷ Margarita García, «El caso de UBER desde una visión pública del Derecho» (Trabajo Fin de Master, Universidad Internacional de la Rioja, 2018), 17.

Justicia Europeo el 20 de diciembre de 2017 resolvió cual es la situación jurídica esta última compañía, siendo extensible a Cabify y otras similares, señalando lo siguiente:

...deben interpretarse en el sentido de que ha de considerarse que un servicio de intermediación, como el del litigio principal, que tiene por objeto conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a cambio de una remuneración, a conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo con personas que desean efectuar un desplazamiento urbano, está indisolublemente vinculado a un servicio de transporte y, por lo tanto, ha de calificarse de «servicio en el ámbito de los transportes», a efectos del artículo 58 TFUE, apartado 1. En consecuencia, un servicio de esta índole está excluido del ámbito de aplicación del artículo 56 TFUE, de la Directiva 2006/123 y de la Directiva 2000/31.⁶⁸

Esto implicó que las empresas de economía colaborativa en el área del transporte debían someterse a los requisitos legales para transporte de pasajeros establecidos en las distintas jurisdicciones de los países miembros de la Comunidad Europea, requiriendo obtener una autorización por las entidades pertinentes en los Estados.⁶⁹

Esta decisión no ha frenado las operaciones de Uber y de Cabify; en España por ejemplo los operadores de estas empresas de economía colaborativa recurrieron a prestar sus servicios bajo las licencias de arrendamiento de vehículos con conductor o también denominadas como VTC a que diferencia de las licencias de taxis solo pueden ser contratados de manera previa estando prohibido el recoger pasajeros de forma directa.⁷⁰

Con la expedición del Decreto Real 1057/2015 del 21 de noviembre de 2015 en el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres de España se estableció un límite al otorgamiento de licencias VTC, estableciendo un ratio de una por cada treinta licencias de taxis,⁷¹ esto implicó que la autoridad administrativa española encargada de entregar estos permisos niegue el otorgamiento de licencias de vehículos con conductor argumentando que bajo el citado Decreto Real ya se había excedido de los límites fijados; sin embargo, a partir de un fallo de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de España autorizó la entrega de aquellas licencias que fueron solicitadas antes

⁶⁸ Tribunal de Justicia Europeo (Gran Sala), “*Sentencia*”, Asunto C-434/15”, Caso Asociación Profesional Élite Taxi vs Uber System Spain, SL, 20 de diciembre de 2017, párrafo 51, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=198047&pageIndex=0&doclang=es&m ode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=334595>.

⁶⁹ Nicolás Guillén, "El arrendamiento de vehículos con conductor (VTC) y su entramado jurídico: el avance de Uber, Cabify y la economía colaborativa", *REALA. Nueva Época* n.º 9 (2018), 129-130.

⁷⁰ *Ibíd.*, 129-130.

⁷¹ España, Real Decreto 1057/2015, Boletín Oficial del Estado 279, 21 de noviembre de 2015, art.

de la entrada en vigencia Decreto Real,⁷² esto implicó que existan más de 10 mil licencias VTC por emitirse.⁷³

Al igual que en el caso anterior en Alemania las operaciones de Uber han sido controvertidas, llegando a prohibir el servicio de Uberblack por orden judicial bajo el argumento que la plataforma de economía colaborativa estaba incumpliendo la Ley de Transporte de Pasajeros (*Personenbeförderungsgesetz*) la cual establece que aquellos vehículos que cuenten con una autorización para transportar de pasajeros, no incluye taxis convencionales, debe regresar a las instalaciones de donde presta el servicio para poder realizar otro viaje exceptuando si antes de su retorno recibe por vía telefónica desde la central de operaciones un requerimiento para efectuar otro viaje. El problema en este caso es que el servidor de Uber asigna de manera directa el pedido de un vehículo al conductor que se encuentre más cerca de quien ha solicitado el servicio contraviniendo de esta manera la normativa.⁷⁴

Casos similares se han visto en Francia y Bélgica en donde se han planteado acciones legales en contra del funcionamiento de Uber argumentando el incumplimiento de normas legales internas.⁷⁵

Contrario a las legislaciones antes señaladas dentro de la Unión Europea también existen países en los cuales las barreras legales de entrada no resultan un mayor problema para el mercado del transporte; como ejemplo está Inglaterra más específicamente en Londres Uber y otras empresas de la economía colaborativa prestan sus servicios a través de vehículos de alquiler privado o también conocidos como “minicabs”, cuyas licencias pueden ser obtenidas con facilidad; con más de 88 mil unidades el mercado de transporte de pasajeros es altamente competitivo.⁷⁶

Irlanda es otro ejemplo de una legislación en donde las barreras legales de entrada al mercado transporte de pasajeros son casi inexistentes, ya que una modificación legislativa en el año 2000 eliminó el límite al número de licencias de taxis y permitió que la cantidad de vehículos que prestan el servicio se triplicara en poco más de tres años

⁷² España, Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso (Recurso de Casación Contencioso-Administrativo), Caso "VTC 5 Desarrollo 2015 SL contra la Orden Foral del Diputado Foral del Departamento de Transporte", 17 de julio de 2018, fallo, <http://www.poderjudicial.es/search/SentenciasDictadas/documento/TS/8459022/20180725>.

⁷³ Guillén, "El arrendamiento de vehículos con conductor", 132.

⁷⁴ Saša Drezgić, Saša Žiković, y Marko Tomljanović, *Economics of Digital Transformation*, Primera Edición (Rijeka: University of Rijeka, Faculty of Economics and Business, 2019), 28-30.

⁷⁵ *Ibid.*, 21,30.

⁷⁶ Walter Skok y Samantha Baker, "Evaluating the impact of Uber on London's taxi service: A strategic review", *Knowledge and Process Management*, (2018), 233.

desmantelando el monopolio de las licencias que hasta ese entonces poseían los propietarios de taxis.⁷⁷

6. Situación jurídica de Uber y Cabify en los países miembros de la Comunidad Andina

En Colombia, el Ministerio de Transporte el año 2016 expidió la Resolución 2163 con la cual se buscaba reglamentar a las plataformas tecnológicas que participen de la satisfacción de la demanda de movilización estableciendo aspectos como requisitos para el otorgamiento de la licencia de funcionamiento, condiciones técnicas y de servicios que debe cumplir las plataformas, etc.⁷⁸ Esta norma fue objetada por parte de la Superintendencia de Industrias y Comercio organismo que emitió una serie de recomendaciones hacia el Ministerio de Transporte para modificar la Resolución 2163, entre ellas se señaló el eliminar requisitos excesivos como el establecer estándares técnicos para funcionalidades que resulten una barrera para la innovación.⁷⁹

Posteriormente y luego de un proceso judicial que buscaba la nulidad de la Resolución 2163 bajo el argumento que el Ministerio de Transporte omitió el criterio de la Superintendencia de Industrias y Comercio (SIC), obligatorio para todo proyecto regulatorio que incida en el mercado, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado resolvió que la citada norma debía aplicarse condicionando al ente público a expedir una nueva regulación en base al criterio del SIC conforme lo dispone el marco regulatorio.⁸⁰

Desde la Superintendencia de Industrias y Comercio se ha reconocido a Uber como “una aplicación móvil que permite a las personas (“usuarios”) solicitar servicios de movilidad (o de transporte). Dicha solicitud se transmite a otra persona (“conductor”), quien se encuentra conectado a través de la Aplicación,⁸¹ señalando que la empresa

⁷⁷ Gabriel Doménech Pascual, "La regulación de la economía colaborativa. El caso Uber contra el taxi", *Revista práctica de Derecho*. (2015), 94-95: <http://roderic.uv.es/handle/10550/54302>.

⁷⁸ Colombia Ministerio de Transporte, *Resolución n° 0002163*, Diario oficial 49907 de 17 de junio de 2016, Art. 1.

⁷⁹ Colombia Superintendencia de Industria y Comercio, Acta 440, de 20 de junio de 2016, Núm. 4.

⁸⁰ Colombia Consejo de Estado Sala de la Contencioso Administrativo Sección Primera. “Sentencia”. En Expediente núm. 11001-03-24-000-2016-00481-00, 8 de agosto de 2018.

⁸¹ Colombia Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución n° 21478, de 17 de junio de 2019, Núm. 18.4.1

“recluta y aprueba a personas para que se conviertan en conductores. “UBER” cobra por proporcionar el servicio de transporte y recolecta una parte de las tarifas que los conductores cobran por cada viajes.”⁸²

Está claro que el marco jurídico colombiano no prohíbe el funcionamiento de las aplicaciones de Uber o Cabify y por el contrario se ha buscado regular su funcionamiento; pero por otro lado el control el Ministerio de Transporte colombiano ha sido enfático al señalar que los vehículos que realicen actividades de transporte sin contar con las respectivas autorizaciones serán sancionados con una multa de treinta salarios mínimos legales, la retención del vehículo de hasta cuarenta días y la cancelación de la licencias por un máximo de veinticinco años,⁸³ aunque esta última sanción fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional colombiana por ser considerada desproporcionada.⁸⁴ Esto implica que bajo el marco jurídico vigente solo aquellos vehículos que cuentan con licencias de taxis puedan operar bajo las aplicaciones de Uber y Cabify sin el riesgo de ser sancionados.

De la misma manera que en la gran mayoría de países latinoamericanos las compañías de economía colaborativa de transporte público no cuentan con una regulación específica en Perú; esto implica que quienes presten sus servicios a través de las plataformas como Uber y Cabify deben cumplir con el marco normativo general para vehículos de transporte público vigente desde el año 2013.

Es importante acotar que en la actualidad existe el “Proyecto de ley que crea y regula el servicio privado de transporte a través de plataformas tecnológicas” que data de junio de 2017 y que en la actualidad continúa siendo motivo de debate por los distintos grupos organismos gubernamentales a cargo de la aprobación de la norma.⁸⁵ En él se busca crear un registro de conductores que brindan sus servicios de transporte por medio de los aplicativos de Uber y Cabify.

En la Paz Bolivia es en donde mayores avances se han dado al día de hoy en la regulación de las empresas de economía colaborativa relacionadas con el transporte de pasajeros. Siendo pioneros a nivel regional en marzo de 2017 el Municipio de dicha

⁸² *Ibíd.* Núm 18.4.2

⁸³ Colombia Ministerio de Transporte, Concepto Jurídico Uber, Oficio Nro. 20191340006951, 20 de marzo de 2019.

⁸⁴ Colombia Sala Plena de la Corte Constitucional, “Sentencia”, en Expediente núm. D-13073, 17 de septiembre de 2019.

⁸⁵ Aniversario Peru, "Seguimiento: 01505/2016-CR", *proyectosdeley.pe*, accedido 10 de marzo de 2019, <http://proyectosdeley.pe/p/rbh2a6/>.

ciudad aprobó el Reglamento Municipal del Servicio Privado de Transporte de Pasajeros contratado mediante Plataformas Tecnológicas permitiendo registrar a los conductores de brindan sus servicios a través de plataformas como Uber y Cabify para para que de esta manera puedan prestar sus servicios con legalidad.⁸⁶

En el Ecuador al igual que en otras legislaciones, el marco jurídico no permite una apertura a nuevos competidores en lo que se refiere al transporte público sin que previamente exista una autorización por parte de la autoridad competente. De acuerdo a la Ley Orgánica de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial la prestación del servicio de transporte colectivo o masivo por terceras personas a cambio de una contraprestación económica se requiere un permiso de operaciones.⁸⁷ Esta situación ha implicado que las operaciones de conductores que laboran a través de las aplicaciones Uber y Cabify en el país estén al margen de la ley.

⁸⁶ Bolivia, *Reglamento Municipal del Servicio Privado de Transporte de Pasajeros contratado mediante Plataformas Tecnológicas*, Decreto Municipal Nro. 005/2017, 13 de marzo de 2017.

⁸⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial*, Registro Oficial 399 Suplemento 398, 07 de agosto de 2008.

Capítulo dos

1. Generalidades de la competencia desleal

En el presente capítulo me centraré en el análisis del derecho de competencia desleal, partiendo desde de conceptualización para a continuación repasar sus orígenes y evolución histórica hasta la actualidad a fin de comprender los bienes jurídicos que protege y cuál es su finalidad dentro de la protección de la libre competencia.

Una vez definido los términos generales de los actos de competencia desleal, a partir de las conclusiones alcanzadas en el capítulo primero en donde se revisó el impacto que ha tenido Uber y Cabify, se procederá a analizar a fondo la figura de violación de normas como práctica de competencia desleal.

2.1. Definición

La libertad comercial e industrial está limitada por ciertas prohibiciones jurídicas que buscan establecer reglas claras y límites para todos los actores que conforman el mercado y protegerlos de los abusos que se puedan dar en el mismo. Con estas consideraciones se puede señalar que el desarrollo de las distintas legislaciones ha dado como resultado una serie de figuras jurídicas destinadas a garantizar la libre competencia y establecer límites que ser violados dan como resultados prácticas ilícitas.⁸⁸

Para el autor Cabanellas de la Torre la competencia ilícita es el ejercicio abusivo de las actividades comerciales o industriales a través de medios reprochables que infringen las normas e instrumentos contractuales.⁸⁹ La competencia ilícita engloba, además de los actos desleales, a la competencia prohibida, entendiéndose como las actividades que por mandato de una norma jurídica o vínculo contractual están prohibidas de efectuar por uno o varios operadores de mercado. También se incluyen dentro de la

⁸⁸ Pinkas Flint Blanck, *Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegético del D.L. 701: legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia*, 1. ed (Cercado de Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2002), 102.

⁸⁹ Guillermo Cabanellas, *Diccionario jurídico elemental*, 13. ed., actualizado corr. y aum (Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta, 1998), 62.

competencia ilícita las prácticas de abuso de posición de dominio y prácticas restrictivas las cuales se encuentra sancionadas por las normas antimonopolio.⁹⁰

Con las consideraciones antes señaladas se puede llevar a la conclusión que aun cuando todas las prácticas de competencia desleal son ilícitas no todos los actos de competencia ilícita son desleales. Una vez aclarado este punto continúo con la etapa conceptual.

A la competencia desleal se la ha definido como el ejercicio de la libertad de competencia en modo abusivo y contrario de los usos honestos; para fijar estos límites las legislaciones además de crear una cláusula general han establecido figuras que constituyen casos atípicos contrarios a la libre competencia que van en contra de los usos honestos industriales y comerciales.⁹¹ El tratadista García Menéndez define a la competencia desleal como el “acto realizado directa o indirectamente por un operador de mercado, objetivamente contrario a los correctos usos y costumbre mercantiles a la buena fe, que afecta o puede afectar el normal desarrollo concurrencial de otros operadores”.⁹²

De los dos conceptos citados se puede destacar como elemento principal el carácter concurrencial de los actos o ejercicio de la libertad, entendiéndose que los mismos se deben efectuar dentro de un entorno en donde existan otros competidores.

Para Cabanellas de la Torre, competencia desleal es la “abusiva práctica del comercio por quien trata de desviar, en provecho propio, la clientela de la otra persona, establecimiento comercial o industrial, empleando para conseguirlo equívocos, fortuitas coincidencias de nombre, falsas alarmas o cualquier medio de propaganda deshonesta”. Bajo la misma línea de pensamiento Eugène Pouillet define a la competencia desleal como aquellos “actos torcidos, fraudulentos, formas que la rectitud y la honestidad reprueban” a fin de aprovechar el favor público y obtener más clientela que de otra manera se hubiera dirigido a otros competidores.⁹³ En sus conceptos tanto Cabanellas como Pouillet van más allá de solo señalar el aspecto concurrencial de los actos, incluyendo adicionalmente a la clientela como un nuevo elemento, siendo la apropiación de la misma

⁹⁰ Flint Blanck, *Tratado de defensa de la libre competencia*, 102.103.

⁹¹ Ulmer E., *La repressione della concorrenza sleale negli Stati membri della Comunita Economica Europea. Diritto Comparato* (Milán, 1968), citado en

⁹² Sebastián Alfredo García Menéndez, *Competencia desleal: actos de desorganización del competidor* (Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004).

⁹³ Eugène Pouillet, *Traitè theorique et pratique des marques de fabrique et de la concurrente dékoyale*, Marchal, (Marchal et Billard, París, 1912, citado de Óscar Contreras Blanco, *La competencia desleal y el deber de corrección en la ley chilena* (Santiago, Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2012), 30.

a través de comportamientos deshonestos y contrarios el objetivo final de la competencia desleal.

Menos precisos que los conceptos desarrollados por los autores antes citados, también es posible encontrar definiciones de competencia desleal en los cuerpos legislativos de los distintos países, así como en instrumentos internacionales. El Convenio de París en su artículo 10 inciso segundo lo define como el “acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial”; por otra parte la Decisión 486 del Pacto Andino en su artículo 258 también incluye un concepto determinado que es “todo acto realizado en el ámbito empresarial que sea contrario a los usos y prácticas honestos”.

Mucho más amplia en su desarrollo conceptual se encuentra la Ley N. 3 española sobre competencia desleal que en su artículo 4 señala que “Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”, siendo el valor añadido la definición de “buena fe” con relación a los consumidores al indicar que:

[...]se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.⁹⁴

En el Ecuador la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en su artículo 25 incluye la definición de prácticas desleales señalándolas como todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria.⁹⁵

Aspecto destacable de los conceptos antes citados es el uso de palabras como “rectitud”, “correctos usos”, “usos honestos”, “honestidad”, “buena fe”, etc. como elementos referenciales para determinar si una práctica es o no desleal.⁹⁶ Aun cuando el uso de estos términos tiene un evidente carácter relativo, como se verá más adelante.

2.2. Desarrollo histórico de la legislación sobre competencia desleal

⁹⁴ España, *Ley Nro. 3/1991*, Boletín Oficial del Estado No. 10, 11 de enero de 1991, art. 4.

⁹⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial Suplemento 555, 13 de octubre de 2011 art 25.

⁹⁶ Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho de la Competencia Desleal* (Buenos Aires: Heliasta S.R.L, 2014), 19.

Al igual que la actividad comercial, la regulación sobre competencia desleal ha ido evolucionando a lo largo de la historia en función de los modelos de desarrollo que han implantado los Estados como a continuación se verá.

Partiendo del periodo mercantilista en el siglo XVI y con la consolidación del Estado como actor preponderante en la reorganización de las estructuras sociales, económicas y productivas para la acumulación de riqueza, superando el modelo Feudal,⁹⁷ se constituiría la base para un posterior afianzamiento de un modelo capitalista y liberal y con ello las normas de protección a la libertad de competencia.⁹⁸

A raíz del surgimiento de la corriente liberal, la cual promulgaba la libertad económica y mínima intervención del Estado transformándolo en un ente que únicamente debería participar en limitados sectores y momentos de la economía. Los liberales veían a la economía como una fuerza natural que se autorregulaba y equilibraba, y al egoísmo humano como una virtud que beneficiaba a la sociedad e impulsaba su progreso.⁹⁹ En esta etapa el Estado tenía atribuciones limitadas con respecto a la intervención en las actividades particulares, debiendo enfocarse esencialmente en la protección de la sociedad y a sus miembros mediante el poder coercitivo y a través de la administración de justicia,¹⁰⁰ haciendo énfasis en el deber de resguardar la propiedad privada de las acciones que puedan cometer otros miembros de la sociedad.¹⁰¹

Sobre estas bases las relaciones comerciales entre actores del mercado se ven únicamente normadas por la auto imposición de obligaciones partir de las relaciones comerciales sujetas a las leyes más básicas de oferta y demanda.¹⁰² En este escenario salvaje en donde no existía una autoridad que evite que los competidores puedan realizar prácticas consideradas poco éticas fue naciendo la necesidad de la intervención estatal a través de la construcción normativa con el fin de proteger a la propiedad privada y al libre mercado.¹⁰³

⁹⁷Germán Darío Valencia Agudelo, "Teoría económica y formación del Estado nación: mercantilistas y liberalistas", *Ecos de Economía* Nro.32, (2011), 152-153.

⁹⁸Antonio Robles Martín-Laborda, *Libre competencia y competencia desleal: examen del artículo 7 de la Ley de defensa de la competencia* (Las Rozas, Madrid: La Ley, 2001).

⁹⁹Valencia Agudelo, "Teoría económica y formación del Estado", 162-164.

¹⁰⁰Adam Smith, *La riqueza de las naciones: (libros I-II-III y selección de los libros IV y V)* (Madrid: Alianza, trad. Carlos Rodríguez Braun (Alianza Editorial, Madrid, 1999), 673.

¹⁰¹Ibíd., 675.

¹⁰²García Menéndez, *Competencia desleal*, 10.

¹⁰³Ibíd.

La formación de la legislación sobre competencia desleal en un inicio estaría caracterizada por la fragmentación normativa, sin una regulación general de conductas que puedan ser estimadas como desleales.¹⁰⁴ Es así que bajo estas consideraciones en Francia, por ejemplo, la protección en contra de la competencia desleal como actos de denigración, provocación de confusión o la violación de secretos industriales se desarrolló a partir de la jurisprudencia especializada derivada de la cláusula de responsabilidad civil contenida en el Código Civil; complementariamente el Código Penal napoleónico sancionaba la revelación de secretos industriales a un extranjero o francés que viviera en otro país.¹⁰⁵

En Alemania el desarrollo normativo de competencia desleal fue igualmente paulatino y desfragmentado, siendo introducida en distintos cuerpos legales como en la Ley de Protección de Marcas de 1874, la Ley de Protección de Signos Distintivos de 1894 para finalmente aglutinar todas las disposiciones ya a finales de siglo en 1896 con la Ley de Competencia Desleal.¹⁰⁶ Siguiendo la tendencia europea en los Estados Unidos la regulación de actos desleales sería inicialmente desarrollada a través de la jurisprudencia por la cual se castigó actos de confusión marcaria.¹⁰⁷

Bajo el Convenio de la Unión de París se darían los pasos más importantes en el desarrollo de legislación supranacional. Mediante revisión de Bruselas el 14 de diciembre de 1900 se estableció que los ciudadanos de los países miembros gozan de los mismos derechos que los nacionales dentro de los Estados suscriptores del convenio en lo que se refiere a esta clase de normativa. Más adelante el 2 de junio de 1911 los países suscriptores del convenio se comprometieron a desarrollar normativa interna de protección sobre competencia desleal.¹⁰⁸

Ya iniciado el siglo XX y con las grandes crisis económicas golpeando al mundo el enfoque de una economía en donde no cabía la regulación estatal directa cambió.¹⁰⁹ El Estado se transformó en una fuerza que regula a los distintos elementos que conforman el mercado dejando atrás la libertad absoluta por regulaciones enfocadas en contribuir

¹⁰⁴ Robles, *Libre competencia y competencia desleal*", 24.

¹⁰⁵ García, *Competencia desleal: actos de desorganización del competidor*, 10.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, 11.

¹⁰⁷ Óscar Contreras Blanco, *La competencia desleal y el deber de corrección en la ley chilena* (Santiago, Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2012), 46.

¹⁰⁸ García, *"Competencia desleal: actos de desorganización del competidor"*, 12.

¹⁰⁹ Robles, *"Libre competencia y competencia desleal"*, 28.

parámetros igualitarios para todos los competidores.¹¹⁰ Como bien lo describe el tratadista Aurelio Menéndez:

La competencia pura, tal como era entendida por el pensamiento liberal clásico, no es en la práctica más que una competencia imperfecta. La libre competencia está limitada por las propias diferencias de los mecanismos del mercado, la falta de homogeneidad de los bienes o servicios, la presencia de los llamados “poderes económicos” o “de mercado”, la intervención del Estado en la actividad económica, y por el mismo ordenamiento jurídico que en aras de otros intereses dignos de tutela, sacrifica parcialmente la pura libertad competitiva.

Durante la primera mitad del siglo XX el enfoque legislativo se encaminó en la protección de los sectores empresariales partiendo de las prácticas profesionales y comerciales consideradas aceptables¹¹¹ en base a los códigos deontológicos profesionales de la época.¹¹² Las prácticas desleales implicaban que las sanciones únicamente estuvieran limitadas aquellos comportamientos específicamente tipificados, además se carecía de herramientas preventivas que impidan la ejecución de las prácticas desleales y su reincidencia debiendo cometerse el daño de manera dolosa para poder sancionarlas.

Esta nueva tendencia se la puede observar a nivel supranacional con la revisión de Convenio de la Unión de París en La Haya el 6 de noviembre de 1935 en donde se reformó el artículo 10 del Convenio e incluyó una cláusula general en donde se establece los criterios de valoración de las conductas para definir los usos honestos en materia comercial e industrial.¹¹³

Con la finalización de la Segunda Guerra Mundial, influenciado por el modelo social de la República Federal Alemana, la visión individualista del comercio es aceptada siempre que la misma tenga un sentido social y beneficioso para la colectividad.¹¹⁴ Esta corriente influye en la evolución de la normativa de protección a la libre competencia replanteando y extendiendo su finalidad central, antes entendida como un mecanismo de protección de los intereses empresariales, ahora también se consideran a los consumidores y el orden económico como intereses a custodiar, esto implicó, por ejemplo, que prácticas anteriormente consideradas desleales por atentar contra los intereses comerciales

¹¹⁰ Marco Antonio González Iturria, *Competencia desleal: análisis crítico y elemento para la aplicación de la ley no. 20.169, de 2007* (Santiago de Chile: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2007), 95-96.

¹¹¹ Guillermo Cabanellas de las Cuevas et al., *Derecho de la Competencia Desleal*, 90.

¹¹² García Menéndez, *Competencia desleal*, 14.

¹¹³ García, *Competencia desleal: actos de desorganización del competidor*, 12.

¹¹⁴ *Ibíd.* 16-17.

individuales como son los actos de comparación fueran aceptadas como lícitas ya que finalmente permitían a los consumidores obtener mayor y mejor información en el mercado.¹¹⁵

La propiedad privada y las actividades profesionales y corporativas pasan a un segundo plano de importancia en comparación a otros elementos mucho más relevantes para el bien común como son la libertad de empresa y la productividad. El interés individual se ve opacado por el beneficio colectivo que conlleva un mercado libre de prácticas desleales; el ámbito individual es sucedido por el desarrollo planificado que busca re direccionar las fuerzas productivas en pro del bien común.¹¹⁶

Otro aspecto de relevancia en la evolución de las normas de libre competencia está relacionada a la eliminación del vínculo y relación competitiva para denunciar y actuar como legitimario activo en los procesos por actos desleales, esto ha permitido a los gremios, asociaciones y consumidores participar activamente en el control y vigilancia de la libre competencia.¹¹⁷

En América Latina el desarrollo normativo ha sido tardío en comparación con Europa y Estados Unidos, es así que la primera legislación en el subcontinente se remonta a Colombia en 1959 en la Ley 155 en donde se conceptualiza a la competencia desleal y las acciones judiciales a seguir por parte de los afectados. En otros países como Perú, Paraguay y Venezuela la expedición de ley sería efectuada en la última década del Siglo XX.¹¹⁸

3. Ámbito de protección del régimen de competencia desleal

Como se ha señalado con anterioridad, en la actualidad el desarrollo jurídico que regula la competencia desleal va mucho más allá de la sola protección de los intereses comerciales e industriales, ya que la prohibición de ciertos actos busca salvaguardar a los consumidores y la actividad comercial de manera general. A continuación, describiré los fundamentos por el cual proteger a cada uno de los antes citados bienes jurídicos.

3.1. Competidores

¹¹⁵ Contreras, "*La competencia desleal y el deber de corrección en la ley chilena*", 43.

¹¹⁶ Juan Ignacio Font Galán y Luis María Miranda Serrano, *Competencia desleal y antitrust: sistemas de ilícitos* (Madrid: Marcial Pons, 2005), 23.

¹¹⁷ García, *Competencia desleal: actos de desorganización del competidor*, 18.

¹¹⁸ *Ibíd.*

El ejercicio de la actividad económica está conformado por una serie de elementos tanto intangibles como tangibles, que desde la óptica externa son vistos como un todo, cuya finalidad es el obtener un beneficio económico. Es aquí en donde el hombre a través del trabajo transforma los recursos materiales e inmateriales para llevar a cabo las actividades productivas.¹¹⁹

En la actividad económica no solo basta el ofrecer servicios o productos, sino además es imprescindible el diferenciarse de otros competidores para así crear un nicho de mercado y con ello una base de consumidores que garanticen los ingresos y la existencia del establecimiento a largo plazo; mediante la utilización de una marca o nombre comercial los negocios busca generar una reputación, también conocido como “*goodwill*” o “derecho de llave”, que se traduce como la fama o la reputación obtenida por el valor añadido lo que facilita la comercialización de bienes y servicios¹²⁰ con la finalidad de atraer a más y nuevos clientes quienes pueden identificar las características que les resulten atractivas de entre las distintas opciones que tienen a su alcance.¹²¹

Las prácticas desleales buscan principalmente el menoscabar a un competidor y/o fortalecer la posición en el mercado de un operador, ya sea quien comete la práctica o de un tercero,¹²² lo que puede originar un incremento de la incertidumbre en el mercado, al no existir información real sobre los bienes y servicios existentes; un incremento de los costos de transacción, dado que tanto oferentes como demandantes deberán emplear mayores recursos para participar en el mercado, y finalmente en una asignación ineficiente de recursos, ya que los ingresos económicos de un operador que ha actuado de manera lícita pueden desviarse hacia otro competidor que se ha aprovechado del esfuerzo del primero a través de actos contrarios a las buenas costumbres.¹²³ Estos efectos pueden desincentivar a los competidores a invertir en nuevas tecnologías, expandirse a nuevos mercados, mejorar las condiciones de sus trabajadores, etc.

¹¹⁹ Contreras, “*La competencia desleal y el deber de corrección en la ley chilena*”, 51-52.

¹²⁰ Susana Navas Navarro, *Contrato de merchandising y propiedad intelectual*, Colección de propiedad intelectual (Madrid: Editorial Reus : Aisge, Artistas, Intérpretes, Sociedad de Gestión, 2001), 67-68.

¹²¹ Diego Armando Acosta González, *Las marcas de distribuidor y sus implicaciones en el derecho de la propiedad industrial y de la competencia* (Universidad Externado de Colombia, 2016), 16.

¹²² Velandia Castro, Competencia desleal por uso de signos distintivos. *Revista La Propiedad Inmaterial*. 2 (jun. 2001), 106.

¹²³ Jara Vasquez, María Elena. “Protección jurídica contra la competencia desleal en los países de la Comunidad Andina. Pautas para su tratamiento en el Ecuador” (tesis Programa de Maestría en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2003), 19-20, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2429/1/T0221-MDE-Jara-Protecci%20c3%b3n.pdf>

El contar con reglas claras y bien establecidas incide directamente en el desarrollo económico de una nación, existiendo una relación directa entre el crecimiento económico y la seguridad jurídica, entendiéndose este último concepto como “la existencias de reglas claras, bien elaboradas, dotadas de publicidad y aplicadas de forma coherente y uniforme, así como que las decisiones que se adopten como resultado de dicha aplicación sean efectivamente ejecutadas”¹²⁴.

3.2. Derecho de los Consumidores

Como ya se señaló en el desarrollo histórico, la normativa de competencia desleal en una etapa, especialmente desde la visión más liberal de la economía y el derecho, no buscaba proteger los intereses de los consumidores, no sería hasta el siglo XX que las tendencias legislativas dirigidas a regular de manera más directa las actividades económicas darían como resultado que el ámbito de protección también abarque a estos últimos.

Al ser los consumidores un elemento sustancial de la dinámica económica de cualquier sociedad se vuelve fundamental proporcionar herramientas de protección ante posibles abusos que puedan cometer los distintos competidores del mercado, considerando la clara asimetría de información de los primeros con respecto a los segundos es evidente que se encuentran en una situación de desventaja.¹²⁵ Y es que en el desarrollo y evolución de los regímenes de competencia desleal se hacía necesario que los consumidores no solo estuvieran protegidos en las etapas contractuales y pos contractuales, sino que además fueran amparados en las relaciones antecontractuales y paranegocial.¹²⁶

La libertad de elección y la importancia que tiene para la libre competencia el que un consumidor conozca sobre cuáles son sus alternativas en el mercado para así tomar una adecuada decisión es el fundamento esencial para que los regímenes de competencia desleal protejan sus derechos.¹²⁷ Para garantizar este resguardo ha sido necesario que en

¹²⁴Fernando Vives, "Seguridad Jurídica y Desarrollo Económico", <https://www.fef.es>, s. f., accedido 9 de abril de 2019.

¹²⁵

¹²⁶

¹²⁷ *Ibíd.*

las distintas legislaciones se otorgue legitimidad activa para plantear procesos en contra de actos contrarios a la buena fe efectuados por operadores del mercado.¹²⁸

Como ejemplo de lo antes señalado se puede tomar a la Directiva 84/450/CEE de la Unión Europea, la cual establece los lineamientos que los países miembros deben seguir para controlar y sancionar las prácticas de publicidad engañosa; recalando la importancia que tiene el acceso a la información real de bienes y servicios para los consumidores para proteger sus intereses económicos.¹²⁹ Posteriormente con la modificación efectuada mediante de la Directiva 97/55/CE, se incluyó parámetros para el correcto ejercicio de la publicidad comparativa y de esta manera contribuir a que el consumidor esté debidamente informado sobre las distintas opciones que tiene en los mercados de bienes y servicios.¹³⁰

De forma mucho más amplia la Directiva 2005/29 regula a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, en las etapas previas y posteriores a realizarse una transacción de un bien o servicio; la norma prohíbe una diversidad de actos. Actos de engaño como la presentación de información falsa que tenga una apariencia real o que por su forma en como se muestra induzca al error sobre alguna de las características del bien o servicio¹³¹ o la omisión de información, entendiéndose como aquellas prácticas en donde el comerciante omita información sustancial necesaria para el consumidor tome una decisión que de otro modo no lo haría son descritas en la norma.¹³² Además se incluye a las prácticas comercialmente agresivas como el acoso, la coacción y la influencia indebida que claramente, además de restar clientes a los competidores, menoscaban la libertad de consumo.¹³³

Destaca el artículo 11 de la citada Directiva en donde dispone que los países miembros deberán reconocer en sus respectivas legislaciones el derecho de las personas y organizaciones que tengan un interés legítimo, además de los competidores, a plantear acciones en contra de lo actos de competencia desleal ya sea en instancias judiciales o

¹²⁸ Leopoldo José Porfirio Carpio, *La discriminación de consumidores como acto de competencia desleal* (Madrid: Marcial Pons, 2002), 59.

¹²⁹ Parlamento Europeo y Consejo Europeo, Directiva 84/450/CEE, 10 de septiembre de 1984, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31984L0450:Es:HTML>

¹³⁰ Parlamento Europeo y Consejo Europeo, Directiva 97/55/CE 10 octubre de 1997, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:31997L0055&from=ES>.

¹³¹ Parlamento Europeo y Consejo Europeo, Directiva 2005/29/CE, 11 de mayo de 2005, art 6 <https://www.boe.es/doue/2005/149/L00022-00039.pdf>.

¹³² *Ibid.*, art. 7.

¹³³ *Ibid.*, art. 8.

administrativas; siendo un claro ejemplo de cómo el marco normativo vigente busca una participación directa de los consumidores en la protección de sus derechos.

Otro claro ejemplo de lo antes mencionado es la Ley 34/1988 española en donde se determina que “las asociaciones de consumidores y usuarios, las personas naturales o jurídicas que resulten afectadas y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo podrán solicitar del anunciante la cesación o, en su caso, la rectificación de la publicidad ilícita.”

En la Comunidad Andina la Decisión 486 sobre el Régimen Común sobre Propiedad Industrial en el Título XVI que trata sobre los secretos empresariales y las acciones a tomar en el artículo 259 considera competencia desleal las siguientes prácticas:

- a) cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;
- b) las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; o,
- c) las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.¹³⁴

Estos actos de engaño a más de perjudicar a los competidores también afectan a los consumidores al modificar la información del mercado al cual tienen acceso; pero es en el artículo 267 en donde se reconoce la legitimidad activa de los consumidores al señalar que “Sin perjuicio de cualquier otra acción, quien tenga legítimo interés podrá pedir a la autoridad nacional competente que se pronuncie sobre la licitud de algún acto o práctica comercial conforme a lo previsto en el presente Título.”¹³⁵

Como se ha visto, en los ejemplos puestos, tanto en la Unión Europea y en la Comunidad Andina, las normas relacionadas a actos de competencia desleal ya sea de manera expresa o indirecta buscan proteger a los consumidores al igual que a los competidores.

3.3. Interés General

¹³⁴ Comunidad Andina, *Decisión 486*, 14 de septiembre de 2000, art. 167, <http://www.comunidadandina.org/StaticFiles/201761102019%20en%20Propiedad%20Intelectual.pdf>.

¹³⁵ *Ibid* art. 267.

Como último ámbito de protección de las normas de competencia desleal se encuentra el Interés General. Considerando que aún en la actualidad el Estado es visto como un ente que guía las distintas fuerzas económicas hacia la consecución de fines que benefician al interés general, es el régimen de competencia desleal es una herramienta de gran utilidad para la consecución de estos objetivos.

El interés general dentro de la materia económica es concebido como un concepto que engloba una serie de elementos y condiciones necesarias para democratizar el poder económico entre los distintos actores; considerando que en el mercado convergen tanto consumidores como pequeños, medianos y grandes comerciantes, interactuando entre sí lo que a su vez promueve la distribución de la riqueza, la innovación, el desarrollo económico interno y externo, el fortalecimiento de estructuras tradicionales de producción y comercio así como la innovación de las mismas, etc.¹³⁶

De las consideraciones antes señaladas las sociedades modernas han desarrollado toda una estructura jurídica encaminada a proteger el libre del mercado de los abusos que los operadores económicos puedan incurrir.¹³⁷ Acuerdos por los cuales los competidores deciden dejar de contender para convenir una repartición del mercado es la antítesis de la libre competencia, para esto se ha desarrollado el Derecho de Competencia en donde se regulan prácticas restrictivas y de abuso de posición de dominio, temas que no se abordarán en este trabajo. Al otro extremo el uso de prácticas agresivas e ilegales para superar a la competencia tampoco es apropiado y es aquí donde el régimen de competencia desleal debe actuar.¹³⁸

Bajo las consideraciones antes señaladas el interés general es concebido como “un factor valorativo de orden superior que se deriva de las normas fundamentales y especialmente de la Constitución, que debe ser tenido en cuenta tanto al promulgar leyes como al interpretarlas.”¹³⁹ Es por esta motivo que en algunas legislaciones en donde el desarrollo sobre protección de prácticas desleales ha evolucionado de manera más acelerada también se busca proteger derechos fundamentales como son la dignidad humana, los derechos de las mujeres, la salud, igualdad, etc. La transgresión de estos derechos es motivo suficiente para plantear una acción por competencia desleal.¹⁴⁰

¹³⁶ Robles, "*Libre competencia y competencia desleal*", 45.

¹³⁷ García, *Competencia desleal: actos de desorganización del competidor*, 21.

¹³⁸ *Ibíd.*

¹³⁹ Robles, *Libre competencia y competencia desleal*, 69.

¹⁴⁰ Anxo Tato Plaza, Pablo Fernández Carballo-Calero, y Christian Herrera Petrus, *La reforma de la Ley de competencia desleal*, 1a ed (Las Rozas, Madrid, 2010), 79-80.

En Europa al igual que con los derechos de los consumidores el interés general se encuentra reiteradamente dentro de las consideraciones para la expedición de directivas en contra de las prácticas desleales. Tomando como ejemplo nuevamente la Directiva 2005/29/CE el artículo 11 señala que los órganos judiciales o administrativos deberán tomar en cuenta el interés general para ordenar el cese y prohibición de prácticas comerciales desleales, incluso en ausencia de un perjuicio real, de intención o negligencia por parte del comerciante.

La Directiva 84/450/CEE también es enfática al reconocer que actos de competencia desleal como la publicidad engañosa afectan al interés general es por esta razón que es mencionado como uno de los considerandos y consta dentro de los objetivos de dicha normativa.

La expansión del ámbito de protección de normas sobre competencia desleal también se ha plasmado en la legislación local de varios países europeos. Como ejemplo se puede tomar a la Ley de Competencia Desleal Alemana, publicada en el año 2004, tiene como objeto la protección de los participantes del mercado y el interés general de una competencia falseada; incluso va más allá del solo resguardo de derechos relacionadas con el ámbito comercial o económico ya que incluye a la dignidad humana como bien jurídico a ser protegido conforme consta en el artículo cuarto.¹⁴¹

Al igual que en Alemania en el Perú la Ley de Represión de la Competencia Desleal peruana va más allá del ámbito comercial incluyendo en su artículo 18 la prohibición de actos en contra del principio de adecuación social, como es la emisión de publicidad que tenga por efecto:

Inducir a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer un acto ilegal o un acto de discriminación u ofensa por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole;
Promocionar servicios de contenido erótico a un público distinto al adulto. La difusión de este tipo de publicidad solamente está permitida en prensa escrita de circulación restringida para adultos y, en el caso de radio y/o televisión, dentro del horario de una (1:00) a cinco (5:00) horas.¹⁴²

Es evidente que en la construcción de la citada norma se consideró el interés general a fin de evitar que mediante mensajes publicitarios discriminatorios se pueda atentar a derechos fundamentales de grupos sociales.

¹⁴¹ Cabanellas, "*Derecho de la Competencia Desleal*", 98-99.

¹⁴² Perú, Ley de Represión de la Competencia Desleal, Diario Oficial 374793, 26 de junio de 2008, art. 18

En el Ecuador la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, norma que regula los actos de competencia desleal, resulta muy extensa en su objeto incluyendo entre otros el interés general de los consumidores y usuarios, es en el artículo 4 en donde se reafirma el propósito de la norma al expresar como finalidad la defensa de los intereses generales de la sociedad los cuales prevalecerán por sobre los particulares; reconoce al ser humano como sujeto y fin del sistema económico.¹⁴³

4. Características de los actos de competencia desleal

Las conductas de competencia desleal pueden originarse de distintas formas, tantas como la imaginación lo permita; aun cuando las diferentes regulaciones incluyen en sus cuerpos normativo figuras específicas que permiten al administrador de justicia tener criterios más concretos al momento de emitir sus resoluciones, habrá conductas que no se enmarque dentro de los lineamientos fijados, razón por la cual se deberá juzgar a partir de las cláusulas generales. Bajo estas consideraciones a partir del desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinario se han definido ciertas características que las conductas de competencia desleales deben poseer¹⁴⁴ y que a continuación citaré:

4.1. Conductas de mercado

El concepto de mercado en materia económica es concebido como el conjunto de actividades en donde intervienen demandantes como ofertantes para la compra y venta de distintos bienes y servicios de toda índole, pudiendo tener desde un ámbito local hasta global, dependiendo del área de comercio y los intervinientes.¹⁴⁵

La Comisión Europea, para efectos de aplicar la normativa en materia de competencia, también considera que el mercado como un concepto integrado por dos elementos, el primero son los bienes y productos ofertados y que los “consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características” y el segundo el

¹⁴³ Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial Suplemento 555, 13 de octubre de 2011, art. 4.

¹⁴⁴ Pablo Andrés Delgado Peña, "Cláusula de prohibición General de Competencia Desleal", *Revista CES Derecho*, 2015, 96.

¹⁴⁵ Marcela Astudillo, *Fundamentos de economía*, Primera Edición (Mexico D.F.: Instituto de Investigaciones Económicas, 2012), 55.

ámbito geográfico que comprende la zona física en donde las empresas realizar sus actividades de suministro de productos y servicios “en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas”.¹⁴⁶

La conducta de mercado son las actividades que se desarrollan dentro de un mercado ya sea de bienes o servicios, esto no está limitado a que la conducta tenga una finalidad de lucro o al tipo de operador que las efectúa, quien además de ser un comerciante o una compañía también puede ser cualquier tipo de organización o individuo como por ejemplo entidades correspondiente a áreas religiosas, políticas, profesionales independientes, entidades públicas, organizaciones deportivas, científicas, benéficas o sin finalidad de lucro que realizan actividades comerciales.¹⁴⁷

Finalmente se consideran excluidos de ser consideradas conductas de mercados aquellas actividades que se realizan para consumo propio o de una comunidad, también la prestación de servicios públicos que efectúa el Estado a la población.¹⁴⁸

4.2. Finalidad Concurrencial

La finalidad concurrencial es posiblemente uno de los aspectos que mayor debate puede generar dentro de los actuales regímenes de competencia desleal.

Como se ha recalcado en múltiples ocasiones las legislaciones no solo se han limitado en prohibir aquellos comportamientos desleales que afectan derechos de competidores, sino que además busca proteger los derechos de los consumidores y el interés general. Esto ha influido directamente en como las legislaciones reconocen la capacidad de actuar con legitimidad activa en contra de comportamientos desleales.

Muestra de lo antes señalado es posible encontrar en la Ley de Competencia Desleal española que en su artículo segundo define a la finalidad concurrencial como el “acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un

¹⁴⁶ Comisión Europea, "Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia", 09 de diciembre de 1997, numeral 7-8. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:31997Y1209\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:31997Y1209(01)).

¹⁴⁷ Cabanellas, "*Derecho de la Competencia Desleal*", 243-245.

¹⁴⁸ José Massaguer Fuentes, *Comentario a la Ley de competencia desleal*, 1. ed (Madrid: Civitas, 1999), 121.

tercero".¹⁴⁹ La finalidad concurrencial tiene un tratamiento mucho más amplio, aunque sin excluir a los actos que estén relacionados con otros competidores, implica la capacidad de influir en la estructura del mercado y la posición competitiva de los operadores económicos;¹⁵⁰ sobre estas consideraciones la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de España se ha pronunciado señalando lo siguiente:

[...] "a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal". Por lo que resulta irrelevante que ninguno de los dos demandados desarrolle una actividad empresarial que entre en competencia con la sociedad demandante.¹⁵¹

Esta expansión de la concepción sobre las relaciones concurrenciales para plantear acciones de competencia desleal ha implicado un reconocimiento dual de la legitimación activa, por un lado los participantes del mercado naturalmente tiene derecho a proteger sus intereses ante los efectos negativos de las actividades de otros competidores pero también se reconoce el ejercicio de acciones de competencia desleal a asociaciones, corporaciones y colegios de profesionales, gremios, o cualquier otro organización de represente intereses económicos.¹⁵²

Sobre el alcance de la finalidad concurrencial es factible argumentar que si bien es cierto los derechos de los consumidores y el interés general son bienes jurídicos que deben ser protegidos cuando exista una afectación por parte de un operador de mercado, en los casos en donde no exista una relación concurrencial, esto se lo podría lograr a partir de normas específicas como aquellas destinadas a proteger el derecho de los consumidores y no a través de las normas sobre competencia desleal.¹⁵³

4.3. Carácter objetivo del acto

Para efectos de juzgar y sancionar las prácticas de competencia desleal el desarrollo normativo ha prescindido de considerar la existencia de voluntad en el acto,

¹⁴⁹ España, *Ley Nro. 3/1991*, Boletín Oficial del Estado No. 10, 11 de enero de 1991, art. 4

¹⁵⁰ Cabanellas, "*Derecho de la Competencia Desleal*", 245-46.

¹⁵¹ España, Tribunal Supremo sala de lo Civil, "Sentencia". en Juicio 1514/2016, 29 de enero de 2019.

¹⁵² José Massaguer, La acción de competencia desleal en el derecho español, *THEMIS: Revista de Derecho*, n.º 36 (1997): 112-13.

¹⁵³

debiendo analizarse que la conducta contravenga la buena fe o la costumbre mercantil.¹⁵⁴ La exclusión de la intencionalidad no solo tiene la finalidad acelerar los procesos antes de la existencia de un daño o un incremento en el mismo, sino además posee un claro propósito práctico desde el ámbito probatorio ya que resulta complicado el comprobar la existencia del dolo en un acto.¹⁵⁵

Sin detrimento al carácter objetivo del acto para que sea sancionado, un competidor podría recurrir a la vía civil para solicitar el resarcimiento de los daños causados, en esta acción debe demostrarse “la existencia del daño, de la especie que sea; la actuación dolosa o culpable y, consecuentemente, la intención o la negligencia; y la concurrencia de una relación de causalidad entre el comportamiento desleal y el daño de la especie que se alegue.”¹⁵⁶ En el Ecuador este derecho es recogido en el artículo 71 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en donde se dispone que “Las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido perjuicio por la comisión de actos o conductas prohibidas por esta Ley, podrán ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común.”¹⁵⁷

4.4. Ilícito de Peligro

El carácter preventivo de las normas de competencia desleal ha dado como resultado que dentro de las características de esta materia la necesidad de la existencia de un daño por un acto considerado desleal no sea un elemento indispensable para poder solicitar el cese o sanción del mismo, es así que basta un potencial daño para que el posible afectado pueda recurrir ante la autoridad. Bien lo ha expresado Juzgado de lo Mercantil Nro. 1 de Madrid al señalar que el “ilícito de peligro, característico de la regulación contra la competencia desleal, en el que el reproche de deslealtad no se hace depender de los resultados prácticos del acto enjuiciado (daño o lesión patrimonial o competitiva)”¹⁵⁸.

Ejemplo de ello se puede tomar de la Ley ecuatoriana la cual en su artículo 25 señala que “no será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en

¹⁵⁴ *Ibíd.*, 50.

¹⁵⁵ *Ibíd.*, 51.

¹⁵⁶

¹⁵⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial Suplemento 555, 13 de octubre de 2011 art 71

¹⁵⁸ España, Juzgado de lo Mercantil Nro. 1 de Madrid, "Sentencia", Juicio Ordinario Nro. 1070/2008 13 de enero de 2012.

perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial”¹⁵⁹. Al igual que en el Ecuador este elemento también se ve plasmado en las legislaciones peruanas y colombianas en las cuales se señala que se podrá suspender aquellos actos considerados desleales aun cuando no hayan causado un daño.

4.5. Buena fe o usos honestos

Un elemento fundamental para evaluar si un acto comercial puede ser o no considerado desleal es si el mismo es contrario a la buena fe, aunque también se ha visto en las distintas definiciones el uso de otros términos, este concepto desde un ámbito general rige las distintas relaciones de los sujetos del derecho siendo concebido “como la convicción o conciencia de no perjudica a otro o de no defraudar la ley”¹⁶⁰. Ya en el ámbito de la competencia desleal el entendimiento del concepto de buena fe está atado a las relaciones comerciales como a continuación se recalca:

(...) la buena fe constitutiva de competencia desleal es calificada con el adjetivo “comercial”, por lo cual no se trata de una buena fe común, sino que está referida a la buena fe que impera entre los comerciantes. En consecuencia, el criterio corporativo toma importancia, pues el juicio de valor debe revelar con certeza que la conducta es contraía a esta particular especie de buena fe. Teniendo en cuenta la precisión anterior y uniendo la noción de buena fe al calificativo comercial, se debe entender que esta noción se refiere a la práctica que se ajusta a los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rige a los comerciantes en sus actuaciones.¹⁶¹

De conformidad a lo antes señalado el concepto de buena fe mercantil es comprendido como el “obrar de conformidad con la manera corriente de las acciones de

¹⁵⁹

¹⁶⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 110-IP-2010, Trámite Interno Nro. 2004-00381, 11 de noviembre de 2010.

¹⁶¹ Jorge Jaekel Kovaks, Apuntes sobre Competencia Desleal, Seminario 8, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia (Universidad Javeriana), citado por Alejandro Ponce Martínez, Paola Andrade Torres, y Cristina Ponce Villacís, "Competencia Desleal en el Ecuador", *Revista Jurídica de Propiedad Intelectual*, 2009, 14.

quienes obran honestamente en el comercio”¹⁶², cumplen sus deberes jurídicos¹⁶³ y que buscan no perjudicar a otra persona¹⁶⁴.

La buena fe no es un precepto estático ya que sus orígenes se remontan al derecho romano clásico dentro del ámbito contractual, lo cual daría como resultado el establecimiento de una serie de conductas que las partes deben seguir. Más adelante en la edad media se incorporaría a la *lex mercatoria* como herramienta para proteger a los comerciantes de los resquicios legales siendo incorporado a los códigos modernos como principio general.¹⁶⁵ La buena fe está atada a las costumbres mercantiles la misma que se configura a partir de las relaciones de quienes efectúan actos de comercios¹⁶⁶, es aquí donde se delimitan las fronteras para determinar si un acto puede ser considerado como leal o desleal.

Pero la costumbre no constituye la única fuente para determinar la pertinencia de una práctica comercial, muchas de las conductas consideradas desleales lo son no por el hecho de provenir de una costumbre sino porque claramente significan un perjuicio a los derechos de terceros, ejemplo de ello se puede tomar a la publicidad engañosa la cual afecta de manera directa a los consumidores y por lo tanto es reprochable aun cuando no fuere considerada como un acto desleal; otro ejemplo es la revelación de secretos industriales, esto claramente afectan un derecho subjetivo sobre tales secretos.¹⁶⁷

Otra fuente que ha servido para definir la deslealtad en un acto concurrencial proviene de aquellas figuras determinadas de manera explícita en la legislación aplicable, el Convenio de París por ejemplo establece cuales son las prácticas que son consideradas como desleales, esto además de servir como límites específicos sirven como referencia analógica para establecer desde una óptica integral que otras prácticas son sancionables en aplicación de la cláusula general.¹⁶⁸

¹⁶² Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 23 de junio de 1958, citado por la Superintendencia de Industrias y Comercio, Resolución 4987, Expediente No. 02085856, 9 de marzo de 2004.

¹⁶³ Jonatan Ruiz Tobón, "Recomendaciones para la interpretación judicial de la buena fe comercial. Una aproximación desde las cláusulas generales en la decisiva de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC)" (Tesis de maestría y doctorado, Universidad Pontificia Bolivariana, s. f.), 28.

¹⁶⁴ Jose Ignacio Narvaez Garcia, *Derecho Mercantil Colombiano: parte general*. (Bogotá: Legis, 1999), 316.

¹⁶⁵ Lorena Carvajal Arenas, "La Buena Fe Mercantil en la Tradición Jurídica Occidental", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 2014, 361.

¹⁶⁶ Camila Santana Valencia y Andrés Leonardo Castro, "En torno a la costumbre mercantil y los modelos económicos de los cluster", *Revista e-mercatoria*, 2015, 135-36.

¹⁶⁷ Cabanellas, "Derecho de la Competencia Desleal", 20-21.

¹⁶⁸ *Ibid.*, 21.

4.6. Naturaleza extracontractual y contractual

Finalmente es preciso acotar que aun cuando la mayoría de las figuras o actos desleales se originan en el plano extracontractual muchas otras nacen de una relación contractual entre el sujeto pasivo y activo como por ejemplo la revelación de secretos industriales los cuales fueron accedidos como parte de la ejecución de un contrato.¹⁶⁹

5. Actos desleales específicos

Los actos desleales pueden ser de muy diversos y amplios, es por esta razón que en muchas de las legislaciones se establece un texto general sobre que se puede interpretar como competencia desleal con el fin de evitar que la legislación tenga un alcance limitado hacia nuevas prácticas que puedan afectar los intereses del mercado, competidores y consumidores; sin embargo, el aspecto amplio también da como resultado un grado de vaguedad en los límites.

Como solución a lo antes señalado a raíz del desarrollo histórico, jurisprudencial, doctrinario y las costumbres mercantiles las legislaciones se han ido nutriendo de figuras especiales de competencia desleal que permiten una mejor aplicación de la norma ya que establecen claramente lineamientos a ser aplicados en los distintos comportamientos comerciales. Figuras como los actos de engaño, intimidación, denigración, acceso a información confidencial son plasmadas en las distintas legislaciones al ser claramente actos desleales que afectan la libre competencia.

De entre todas las distintas figuras especiales de competencia desleal es la violación de normas aquella que ha servido como argumento principal en contra de las operaciones de empresas de la economía colaborativa de transporte como Uber y Cabify. A continuación, procederé a analizar esta figura a fin de entender en qué consiste.

5.1. Violación de normas

El ejercicio de toda actividad productiva y comercial de bienes y servicios implica el cumplimiento de una serie de obligaciones normativas. La inobservancia de las

¹⁶⁹ Ibid., 255.

distintas leyes conlleva una consecuencia jurídica ya sea de orden administrativo o judicial por la parte afectada que puede ser una entidad administrativa o un tercero. Por ejemplo el incumplimiento de obligaciones sanitarias conllevará que la respectiva autoridad imponga una sanción ya sea pecuniaria o la clausura de las instalaciones en donde se incumplieron las regulaciones; por otro lado el no pago de obligaciones laborales no solo podría resultar en una sanción por el ente de control sino además que los afectados, en este caso los trabajadores, tengan derecho a recurrir ante un juez para exigir el cumplimiento de las obligaciones.

Dentro del ámbito concurrencial la inobservancia de las obligaciones legales por parte de un operador puede resultar en un beneficio sustancial con relación a sus competidores quienes a fin de actuar dentro de las normas regulatorias están expuestos a una mayor carga económica y/u operativa.¹⁷⁰ Como bien lo ha señalado el Tribunal Supremo español la violación de normas tiene como finalidad la protección de “la igualdad de los concurrentes, que deben actuar en igualdad de condiciones y no desde posiciones concurrenciales aventajadas, obtenidas por la infracción de las normas reguladoras del mercado”.¹⁷¹

Es importante hacer una acotación, y es que si bien es cierto dentro del derecho de competencia las actividades como abuso de posición de dominio y acuerdos restrictivos naturalmente están contraviniendo la legislación, no genera responsabilidades adicionales en el ámbito de la competencia desleal, debiendo ser únicamente aplicable las sanciones previstas para este tipo de comportamientos.¹⁷²

Además de las características generales de las prácticas desleales antes detalladas, los actos de violación de normas también poseen requisitos adicionales que a continuación las detallo:

5.1.1. Normas concurrenciales y no concurrenciales

En el ámbito de la competencia desleal aquellas normas “que, al margen de su naturaleza civil o administrativa, configuran de forma directa la estructura del mercado y las estrategias y conductas propiamente concurrenciales de los agentes que operan en el

¹⁷⁰ Ibid., 687.

¹⁷¹ España Sala Primera de lo Civil Tribunal Supremo, “Sentencia”, juicio ordinario Nro. 300/2012, 17 de mayo de 2017

¹⁷² Cabanellas, *Derecho de la Competencia Desleal*, 689-690.

mismo, dirigidas a promover o asegurar las prestaciones propias o de un tercero”¹⁷³ se las denomina como normas concurrenciales; dicho de otro forma son aquellas normas jurídicas que establecen el cumplimiento obligatorio de ciertos parámetros para que un operador pueda entrar a un mercado específico ya sea de bienes o servicios.

Como ejemplo de normas de carácter concurrencial se puede poner aquellas disposiciones legales que establecen la obligatoriedad de contar con un registro sanitario previo a la comercialización de un medicamento. Estas claramente configuran la estructura del mercado al regular el ingreso de competidores limitando a solo aquellos que pueden cumplir con los parámetros impuestos para obtener el registro sanitario; pero además estas normas regularían las conductas de los operadores en este mercado ya que imposibilitaría que estos puedan modificar los parámetros compositivos de los medicamentos ya que esto conllevaría al incumplimiento del permiso del producto para ser comercializado.

Aunque esta diferenciación no se encuentra en todas las legislaciones sobre competencia desleal si ha sido reconocida en el art. 15 de la Ley 3/1991 de España, allí el numeral primero hace referencia al incumplimiento de normas de carácter general que otorguen una ventaja significativa mientras que en el numeral siguiente se menciona aquellas normas cuyo objeto es la regulación de la actividad concurrencial. De la misma manera la legislación peruana sobre competencia desleal en su art. 14 también realiza una diferenciación entre normas generales y concurrenciales, aunque sin utilizar esta terminología, identifica a estas últimas como las autorizaciones, contratos o títulos que se requieren obligatoriamente para desarrollar determinada actividad empresarial.¹⁷⁴

La división tiene origen en el grado de afectación a la igualdad entre competidores que puede tener el incumplimiento de una u otra norma, como bien lo señala el Tribunal Supremo de España la violación a una norma concurrencial “suele provocar en la inmensa mayoría de los casos una alteración automática de la par condicio concurrentium entre las empresas competidoras en un mismo mercado”¹⁷⁵ lo que se traduce en un beneficio

¹⁷³ Gustavo Andrés Martín Martín, “La relación entre la Ley de Competencia Desleal y la Ley de Defensa de la Competencia en Derecho español tras la trasposición de la Directiva 2014/104/UE y los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo”, Revista Electrónica de Direito (Universidade do Porto), nº 1 (2017), 181, ISSN-e 2182-9845.

¹⁷⁴ Perú, Ley de Represión de la Competencia Desleal, Diario Oficial 374793, 26 de junio de 2008, art. 14, núm. 14

¹⁷⁵ España Sala Primera de lo Civil Tribunal Supremo, “Sentencia”, juicio ordinario Nro. 304/2017, 17 de mayo de 2017

significativo, aspecto que no necesariamente ocurre cuando la legislación transgredida es de carácter general.

Otro punto a considerar para efectuar esta división es la incidencia que tiene en el proceso de juzgamiento de una práctica desleal en aspectos como la carga probatoria o si es procedente su juzgamiento como práctica desleal; esta última característica se encuentra en el Derecho Colombiano ya que a criterio de la Superintendencia de Industria y Comercio la deslealtad es procedente solo cuando se ha incumplido una norma que tiene carácter concurrencial y no general.¹⁷⁶

5.1.2. Prejudicialidad

Las atribuciones de cualquier órgano público están delimitadas por un marco jurídico, esto no es la excepción para aquellos entes a cargo de resolver la existencia de prácticas desleales. La figura de violación de norma como práctica contraria a la lealtad concurrencial, como ya se había señalado, implica que un competidor incumpla normas que está obligado a acatar a fin de obtener una ventaja sustancial con respecto a otros competidores, esto implica que quien resuelve deberá entrar a conocer materias ajenas a su especialidad; es aquí de donde parte la interrogante si es necesario el contar con un pronunciamiento prejudicial de la autoridad competente de la materia en donde se originó el incumplimiento de la obligación jurídica antes de resolver la existencia de una práctica desleal. A la prejudicialidad se la ha definido como:

La decisión de fondo sobre un asunto concreto, atribuido legalmente al conocimiento de un determinado órgano jurisdiccional y que constituye el objeto principal del proceso, es necesario la previa decisión también de fondo sobre otro asunto integrado en aquel (objeto accesorio) que, aisladamente considerado, es susceptible de construir el objeto de otro proceso distinto.¹⁷⁷

Ejemplo de lo antes señalado, para que una defraudación tributaria pueda ser considerada como un acto de competencia desleal por violación de norma, a más de otros requisitos, debería existir previamente el pronunciamiento de la autoridad tributaria respectiva declarando tal hecho, ya que el juzgador del acto desleal no tendría la capacidad para decidir sobre un tema que no le compete.¹⁷⁸

¹⁷⁶ Colombia Superintendencia de Industria y Comercio, “Sentencia”, Expediente 06052478, 16 de diciembre de 2010.

¹⁷⁷ Emilio de Llerena, *Manual de Organización Judicial* (Tirant Lo Blanch, 2008), 203

¹⁷⁸ Cabanellas, *Derecho de la Competencia Desleal*, 690-91.

De igual manera la necesidad de contar con una decisión prejudicial del órgano especializado se puede justificar a fin de evitar la existencia de resoluciones contradictorias sobre un mismo caso lo que constituiría una afectación a la seguridad jurídica de un Estado.¹⁷⁹

Sin embargo a lo antes señalado en algunas legislaciones la prejudicialidad no es una regla general para demostrar la violación de una norma, para casos en los cuales los operadores de mercado requieran las autorizaciones para poder desempeñar alguna actividad el pronunciamiento de la autoridad podría ser superado con la presentación de los permisos que el denunciado debería tener en su poder operar siempre que la normativa así lo reconozca;¹⁸⁰ ejemplo de ello se puede encontrar en la legislación peruana que en el artículo 14 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal determina que la persona concurrente en el caso de no poder presentar las autorizaciones, contratos o títulos se acreditará la violación normativa.

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del Perú ha establecido de manera clara que no es necesario el pronunciamiento previo de ninguna entidad para admitir y tramitar las denuncias de competencia desleal por violación de norma, “en todo caso, de ser necesario, solicitar a la autoridad competente en la materia una opinión técnica no vinculante a fin de comprobar si efectivamente los hechos materia de denuncia pueden o no constituir una violación al marco legal vigente.”¹⁸¹

Las distintas decisiones administrativas del Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, así como varias resoluciones judiciales, se han pronunciado sobre la facultad de resolver sobre actos de competencia desleal relacionados a la violación de normas sin la necesidad que exista un pronunciamiento previo que acredite la transgresión de la ley, pudiendo aportar las distintas partes procesales elementos probatorios que permitan convencer al juzgador que ha existido la infracción.¹⁸²

¹⁷⁹ Camilo Pabón Almanza, «El “juez deferente” y el “juez integrador”: prejudicialidad en la aplicación del artículo 18 de la ley de competencia desleal», *Con-texto* 0, n.º 46 (22 de noviembre de 2017): 45-46, doi:10.18601/012364158.n46.03.

¹⁸⁰ Fabián Pozo Neira, "Competencia desleal por violación de normas: su prueba y la necesidad de un pronunciamiento previo | Instituto de Investigaciones Jurídicas", 26 de junio de 2017, <https://blogcompetencia.usfq.edu.ec/competencia-desleal-violacion-normas/>.

¹⁸¹ Perú INDECOPI, Resolución Nro. 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI, 05 de julio de 2001, literal b) numeral 2.3.11.

¹⁸² Pabón, "El “juez deferente” y el “juez integrador”, 35-38.

En el Ecuador la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control del Poder en febrero de 2019 resolvió un caso de competencia desleal por violación de norma sin que para ellos fuera necesario una sanción previa del ente regulatorio competente; para dicho proceso se determinó que la empresa OTV MULTICABLE había prestado servicios de televisión por cable en distintas zonas geográficas sin contar con los permisos de la ARCOTEL, esto se demostró mediante una certificación de este último ente público.¹⁸³

5.1.3. Ventaja competitiva de la infracción

El incumpliendo normativo por parte de un operador no necesariamente se traduce en un beneficio sustancial en el mercado con relación a sus competidores, sobre esta consideración emergen dos posiciones sobre cuando se debería considerar competencia desleal una práctica de este tipo. Por un lado se argumenta que la violación de una norma que otorgue una ventaja competitiva, aún por mínima que esta sea, debe ser sancionada al estar atentando en contra del principio de igualdad en la relación concurrencial; mientras que un criterio opuesto sostiene que para ser considerado un acto desleal el beneficio debe ser sustancial de tal manera permita al competidor influir en la decisión de los consumidores y los competidores.¹⁸⁴

Es este último criterio el que ha sido acogido por distintas legislaciones y entes a cargo del juzgamiento de actos de competencia desleal. Por ejemplo la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia en múltiples decisiones ha recalado que un elemento para determinar si la violación de una norma puede ser considerada competencia desleal es la existencia de una sustancial ventaja competitiva reflejada en el precio en el mercado con respecto a los competidores para así influir en la elección de los consumidores.¹⁸⁵

El Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de Perú se ha pronunciado sobre la violación de la normativa declarando que “Lo ilícito no es el hecho de concurrir en el mercado sino la obtención de una ventaja competitiva

¹⁸³ Ecuador Superintendencia de Control del Poder de Mercado Comisión de Resolución de Primera Instancia, Expediente n° SCPM-CRPI-044-2018, 26 de febrero de 2019.

¹⁸⁴ *Ibíd.*

¹⁸⁵ Emma J. Camargo Díaz, "Ventaja competitiva significativa: una propuesta para determinar la significatividad de la ventaja", *Con-texto* 0, n.º 46 (22 de noviembre de 2017): 56-59, doi:10.18601/01236458.n46.04.

significativa indebida derivada de no sujetarse al marco legal vigente” recalcando la necesidad de demostrar el beneficio sustancial para el operador con relación a los competidores.¹⁸⁶

Al igual que los casos anteriores en España el Tribunal Supremo también ha sido muy claro al referirse a la necesidad de la existencia de una ventaja competitiva significativa a favor del infractor con respecto a otros competidores para poder sancionar como competencia desleal casos de violación de norma.¹⁸⁷

De los criterios antes citados resulta bastante claro que es imprescindible que el beneficio obtenido por el competidor al incumplir una obligación jurídica debe conllevar un significativo beneficio competitivo para poder ser considerado como competencia desleal; a partir de esta conclusión es necesario determinar cuál es el criterio a ser aplicado para demostrar la existencia de la ventaja sustancial.

Si bien es cierto el beneficio debe traducirse en una manifestación externa presente en los precios de los bienes o servicios que derive en una mejor posición en el mercado del infractor con relación a otros competidores y consigo mismo, de no haber incurrido en la práctica desleal,¹⁸⁸ sin embargo, no existe lineamientos claros para determinar o medir un beneficio y concluir si es sustancial o no, esto es evidente al observar distintas resoluciones sobre violación de normas¹⁸⁹ donde si bien es cierto se recalca que el incumplimiento de una disposición implicó una ventaja con respecto a los competidores no se ahonda en un análisis sobre el verdadero impacto que debió haber tenido la práctica desleal como por ejemplo el determinar cuál era la cuota de mercado que el infractor tenía antes y después de incumplir las normas o la variación de precios que implicó el incumplimiento normativo.

En algunos casos se puede encontrar respuesta a este tipo de actuaciones en la diferenciación existente entre normas de carácter concurrencial y aquellos que no lo son, y es que la violación de las primeras conlleva una presunción de un beneficio del infractor

¹⁸⁶ Perú Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, Resolución 0566-2005/TDC-INDECOPI, 18 de mayo de 2005, 10.

¹⁸⁷ España Sala Primera de lo Civil Tribunal Supremo, “Sentencia”, juicio ordinario Nro. 304/2017, 17 de mayo de 2017

¹⁸⁸ España Audiencia Provincial de Madrid Sección 28 (Segunda Instancia), “Sentencia”, Juicio Ordinario n° 758/2.014, 20 de julio de 2018.

¹⁸⁹ Perú Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, Sala Especializada en Defensa de la Competencia, “Resolución”, en expediente n° 108-217/SDC-INDECOPI, 20 de abril de 2016.

con respecto a los competidores¹⁹⁰ ya que el ingreso de un nuevo competidor a un mercado regulado implica un alto costo, no solo desde el aspecto económico sino también se debe considerar el tiempo y conocimiento que puede implicar el cumplimiento de reglas regulatorias a un mercado específico¹⁹¹.

En la práctica por ejemplo esta presunción es evidente en las distintas resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual peruano tanto que ha servido para establecer los lineamientos para la resolución de causas sobre competencia desleal¹⁹² señalándose lo siguiente:

[...] la ventaja significativa con relación a este supuesto, se da por el solo hecho de concurrir en el mercado sin la autorización, contrato o título requerido para ingresar al mismo o realizar alguna actividad necesaria dentro del desarrollo de la actividad económica en cuestión. Bajo dicho análisis, el ahorro obtenido por el agente infractor al no contar con el título habilitante correspondiente le permite alterar las condiciones de competencia, al mejorar su posición en el mercado, lo cual no obedece a su eficiencia o mayor competitividad (por ejemplo: a precios menores o mejor calidad), sino precisamente a la infracción de una norma imperativa.¹⁹³

Partiendo del criterio antes expuesto bien podría deducirse que la violación de una norma concurrencial está prohibida *per se*, en contraposición a este criterio el tratadista Fernando Carbajo considera lo siguiente:

[...]podrá evitar el reproche por deslealtad y posibles indemnizaciones por daños y perjuicios si demuestra que la violación de una concreta norma concurrencial no le ha reportado una ventaja competitiva en el mercado, por ejemplo si acredita una situación de incumplimiento generalizado de esa norma entre los operadores del sector; o que no se ha aprovechado de dicha ventaja competitiva, si demuestra que la misma no es de suficiente entidad o relevancia como para falsear la estructura competitiva del mercado, es decir, para producir una alteración significativa en la oferta de bienes y servicios que obligue a los competidores cumplidores de la norma a reaccionar frente a esa situación[...]¹⁹⁴

¹⁹⁰ Martín, “La relación entre la Ley de Competencia Desleal y la Ley de Defensa de la Competencia en Derecho español”, 191.

¹⁹¹ Perea S., Alexis Faruth. 2018. “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”. Con-Texto, n.º 48 (abril), 17. <https://doi.org/10.18601/01236458.n48.04>.

¹⁹² Perú, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Resolución N° 001-2018-LIN-CCD/INDECOPI, 26 de diciembre de 2018, 26.

¹⁹³ *Ibíd.* 27

¹⁹⁴ Fernando Carbajo Cascón. Artículo 15. Violación de normas. Artículo 15. Violación de normas. En Comentarios a la ley de competencia desleal, Pamplona, Aranzadi, 2011, pág. 425 en Martín, “La relación entre la Ley de Competencia Desleal y la Ley de Defensa de la Competencia en Derecho español”, 182.

Esta visión implica que aun cuando exista una presunción sobre los beneficios significativos de la violación de norma concurrencial el sujeto pasivo podría demostrar que dadas las características del mercado en realidad no se ha beneficiado sustancialmente.

Por otro lado el Tribunal Supremo de Justicia Español se ha distanciado aún más de esta visión al afirmar que si bien es cierto la violación de normas concurrenciales usualmente genera beneficios significativos para el infractor por sobre los demás competidores es necesario que sea demostrado por quien demanda la existencia de la competencia desleal revirtiendo así la carga probatoria.¹⁹⁵

Con relación a las normas no concurrenciales su incumplimiento implica una menor carga de peligro a la igualdad entre competidores, existiendo un criterio general sobre la necesidad de demostrar la existencia de una ventaja competitiva sustancial.

¹⁹⁵ España Sala Primera de lo Civil Tribunal Supremo, “Sentencia”, juicio ordinario Nro. 300/2012, 17 de mayo de 2017.

Capítulo tres

1. Análisis de casos de competencia desleal por violación de normas en Europa y los países de la Comunidad Andina en contra de Uber y Cabify

En todo el mundo, incluido naturalmente Europa y América Latina, no son pocas las acciones legales que se han planteado como consecuencia de las actividades realizadas por Uber y Cabify; ya sean procesos administrativos o judiciales iniciados por competidores, trabajadores o entes públicos al día de hoy se continúa forjando toda una nueva estructura jurídica a partir las distintas decisiones de las autoridades ya sea como parte de una base jurisprudencial o por la expedición de nuevas normativas que buscan estar a la altura de los retos impuestos por el trepidante desarrollo tecnológico, social y económica derivado de las nuevas formas de organización como lo es la economía colaborativa.

En el presente capítulo analizaré las distintas resoluciones tanto administrativas como judiciales de los casos de competencia desleal por violación de normas que se han planteado en contra de Uber y Cabify en la Unión Europea y en los países que conforman la Comunidad Andina para de esta manera poder construir un criterio más amplio del como las actividades de estas dos compañías han sido juzgados desde el ámbito de la competencia desleal.

1.1. Uber

1.1.1. Madrid

Los procesos en contra de Uber en la Unión Europea se remontan al 2014, año en el cual la Asociación Madrileña del Taxi solicitó la adopción de medida cautelares en contra de Uber Technologies Inc. para:

- 1.- La cesación y prohibición en España, y subsidiariamente en la Comunidad de Madrid, de la prestación y adjudicación del servicio de transporte de viajeros en vehículos bajo la denominación "uber pop", o cualquiera otra que pueda denominarse con idénticos fines por la demandada.
- 2.- La cesación y prohibición de contenido, acceso y prestación del indicado servicio de transporte de viajeros "uber pop" en España y subsidiariamente en la Comunidad de

Madrid, mediante la página web <www.uber.com>, o cualquiera que pudiera utilizar en iguales términos.

3.- La cesación y prohibición de cualquier aplicación [app] o de cualquier otro soporte o sistema tecnológico o informático para prestar el servicio de transporte de viajeros indicado en España o subsidiariamente en la Comunidad de Madrid.

4.- Se garanticen las medidas solicitadas con específicas pero no exhaustivas medidas de efectividad.

5.- Se condene en costas a la demandada.¹⁹⁶

El pedido se fundamentó en que Uber estaba prestando un servicio sin contar con las respectivas autorizaciones administrativas para el transporte de personas lo que, de acuerdo a los demandantes, contravenía el art. 15 de la Ley 3/1991, esto es violación de normas para obtener una ventaja competitiva. Además, los accionantes argumentaron que por el carácter lesivo de las actividades que Uber estaba desempeñando era imperioso que las medidas cautelares debían ser aplicadas de manera directa sin la necesidad de efectuarse una audiencia previa con la parte demandada.¹⁹⁷

Finalmente, la Asociación Madrileña del Taxi manifestó que debido a la necesidad de contar con varios informes técnicos sobre las actividades de Uber no habían iniciado una acción principal en contra de esta última empresa razón por la cual recurrieron a presentar de manera previa la solicitud de medidas cautelares.

El pedido de medidas cautelares fue resuelto por el Juzgado de lo Mercantil Nro. 2 de Madrid, el cual se manifestó el 9 de diciembre del dos mil catorce. Dentro de las consideraciones que el juez tomó para resolver resalta el daño que podía causar las actividades de Uber a los competidores al violar las normas de competencia desleal, es por este motivo y dadas las razones de urgencia no es necesario escuchar a la citada empresa esto con base en la Ley de Enjuiciamiento Civil.¹⁹⁸

En los puntos cuarto y quinto de los fundamentos de derecho es en donde el juez señala que para conceder una medida cautelar es necesario demostrar el “*periculum in mora*” o peligro de un daño jurídico urgente, debiendo justificar los demandantes que los daños a originarse de no adoptarse la medida cautelar podrían generar una situación en donde una futura resolución estimatorio carezca de efectividad.¹⁹⁹

En este punto es importante considerar que los actos de competencia desleal son calificados como ilícitos de peligro, lo que implica que están prohibidos aun cuando no

¹⁹⁶ España Juzgado de lo Mercantil Nro. 2 de Madrid (primera instancia), “Medidas Cautelares”, en Medidas Cautelares Nro. 707/2014, 09 de diciembre de 2014, 1.

¹⁹⁷ Ibid. 2

¹⁹⁸ Ibid. 3

¹⁹⁹ Ibid. 4-5

hayan causado un daño efectivo como así lo señala el numeral 2 del art. 32 de la Ley 3/1991, bajo esta consideración es posible concluir que en este caso el “*periculum in mora*” no versa sobre los efectos negativos reales que las actividades de Uber están teniendo con respecto a otros competidores sino por el hecho de ser una empresa situada en un paraíso fiscal lo que a criterio del juez conllevaría una dificultad en la citación y tardanza en el proceso.

Como segundo elemento que compone la argumentación del juez previo a emitir su resolución se señala la necesidad de demostrar el “*fumus boni iuris*” o apariencia de buen derecho lo que “implica que la existencia del derecho o interés jurídico afirmado ha de parecer verosímil, suficiente para que según un cálculo de probabilidades quepa prever que la resolución principal declarará el derecho en sentido favorable al que solicita la medida cautelar”²⁰⁰, para ello en el numeral sexto de los fundamentos de derecho cita al art. 22,2 de la Ley estatal 16/87 de Ordenación de los Transportes el cual determina la obligación de contar con las respectivas autorizaciones administrativas para prestar los servicios de transporte para finalmente verificar que Uber no consta la autorización necesaria, lo que implicaría una violación a la citada ley.

Sobre este punto es posible apreciar que a criterio del juez Uber es una empresa de transporte, y no de servicios de intermediación o tecnología, por lo tanto sus actividades están sujetas a seguir los lineamientos de la Ley estatal 16/87 y dado que esta norma regula conductas concurrenciales, al establecer la obligatoriedad de contar con un permiso administrativo para prestar servicios de transporte de pasajeros, sus efectos sobre los competidores serían sustanciales.

Bajo las consideraciones anteriores el juez del Juzgado de lo Mercantil Nro. 2 de Madrid, previo al pago de una caución, concedió las siguientes medidas cautelares:

La cesación y prohibición en España de la prestación y adjudicación del servicio de transporte de viajeros en vehículos bajo la denominación "uber pop", o cualquier otra que pueda denominarse con idénticos fines por la demandada.

La cesación y prohibición de contenido, acceso y prestación del indicado servicio de transporte de viajeros "uber pop" en España mediante la página web (www.uber.com), o cualquiera que pudiera utilizar en iguales términos.

La cesación y prohibición de cualquier aplicación ("app") o de cualquier otro soporte o sistema tecnológico o informático para prestar el servicio de transporte de viajeros indicado en España.²⁰¹

²⁰⁰ Ibid. 10

²⁰¹ Ibid. 7

Posteriormente, en respuesta a la oposición presentada por parte de Uber Technologies Inc. el Juzgado de lo Mercantil Nro. 2 de Madrid emitiría un nuevo pronunciamiento sobre las medidas antes señaladas, reafirmando sus argumentos para haber aceptado la petición efectuada por parte de la Asociación Madrileña de Taxi sin la necesidad de escuchar a la contraparte pero añadiendo en la parte dispositiva que “se acuerda modificar las órdenes dictadas en el Auto de fecha 9 de diciembre de 2014 respecto de los servicios de la compañía UBER TECHNOLOGIES INC. que no estén relacionados directa o indirectamente con el servicio denominado UBER POP, posibilitando el acceso a las mismas.”²⁰²

Es importante acotar que UberPop se caracteriza por ser un servicio prestado por conductores no profesionales que no contaban con las autorizaciones para ejercer las actividades de taxi. La aclaración antes señalada posibilitaba que Uber continúe prestando otras líneas de servicios de transporte como lo es UberX la cual si cuenta con conductores debidamente autorizados para prestar sus servicios a través de permisos VTC.

1.1.2. Barcelona

El segundo incidente legal suscitado en España en contra de Uber fue planteado por la Asociación Profesional Élite Taxi ante el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona el 29 de octubre de 2014. Esta vez a diferencia de las medidas cautelares solicitadas ante Juzgado de lo Mercantil Nro. 2 de Madrid la demanda no se presentó en contra de Uber Technologies Inc. domiciliada en Estados Unidos sino en contra de Uber Systems Spain, S.L., empresa constituida y domiciliada en Madrid.

En la demanda se argumentó que Uber Systems Spain presta un servicio de transporte sin contar con las licencias y permisos ordenados en el Reglamento Metropolitano del Taxi de Barcelona configurándose así como un acto de competencia desleal por violación de normas y acto de engaño “pues traslada al usuario la falsa imagen de que el servicio que presta es legal”²⁰³ razón por la cual se solicitó:

- (1) Que se declare como actos de competencia desleal por violación de normas y actos de engaño, la actividad que desarrolla UBER SYSTEMS SPAIN S.L.;
- (2) Que se condene a la demandada a cesar en su conducta desleal consistente en dar apoyo a otras sociedades del grupo proveyendo servicios on demand de solicitudes efectuados mediante aparatos

²⁰² España Juzgado de lo Mercantil Nro. 2 de Madrid, “Apelación”, en Proceso Nro. 707/2014, 22 de mayo de 2015, 1.

²⁰³ España Juzgado de lo Mercantil Nro. 3 de Barcelona, “Auto planteando una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en juicio ordinario nro. 929/2014D2, 16 de julio de 2015, 1

móviles y por internet siempre y cuando ello esté directa o indirectamente vinculado con el uso de la plataforma digital UBER en España, así como la prohibición de su reiteración futura; (3) La condena en costas a la parte demandada.²⁰⁴

En la contestación de Uber se argumentó que sus servicios están “vinculados a la denominada economía colaborativa; los servicios que presta son los propios de la sociedad de la información habilitando una plataforma en internet que permite el contacto entre personas, concretamente entre quien necesita realizar un transporte de pasajeros urbano o interurbano y quien puede prestar ese servicio”²⁰⁵ de acuerdo a la Directiva 98/34, del Parlamento Europeo y del Consejo exponiendo los siguientes argumentos:

- No es titular de los vehículos en donde se realizan los viajes.
- Los conductores no son trabajadores de la empresa sin perjuicio a fijar ciertos parámetros para ser seleccionados.
- No fijan las tarifas de los trayectos que se realizan solicitados a través del aplicativo aun cuando pueden delimitar los máximos y gestionan el cobro del servicio.
- Uber Systems Spain no ha creado la plataforma ni el aplicativo informático para tabletas, ordenadores y teléfonos móviles.²⁰⁶

Como ya se señaló en el capítulo primero el Juez resolvió que previo a decidir la existencia o no de una práctica desleal era necesario plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial sobre si Uber podía ser considerado como servicio de transporte, la cual fue contestada señalando que es “un servicio en el ámbito de los transportes” mediante resolución Nro. A8-0195/2017²⁰⁷, esto también implicó que el Juez a cargo de resolver la causa debía aplicar las normas internas españolas sobre transporte.

No resulta controvertido en ningún momento del proceso cual es la labor que efectúa el grupo Uber en seleccionar a los conductores y que estos últimos no cuentan con licencias para poder prestar los servicios de transporte, además de establecer criterios

²⁰⁴ *Ibíd.*

²⁰⁵ España Juzgado de lo Mercantil Nro. 3 de Barcelona, “Sentencia”, en juicio ordinario nro. 929/2014D2, 10 de abril de 2018, 3.

²⁰⁶ *Ibíd.* 7

²⁰⁷ Tribunal de Justicia Europeo (Gran Sala), ““Sentencia”, Asunto C-434/15”, Caso Asociación Profesional Élite Taxi vs Uber System Spain, SL, 20 de diciembre de 2017, párrafo 51, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=198047&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=334595>.

de calidad de los vehículos en donde se realizan los viajes y finalmente que la herramienta informática facilita el cobro, hechos que fueron aceptados por las partes procesales.²⁰⁸

En la sustentación de su resolución el Juez, tal como lo hizo el Tribunal de Justicia europeo, recalca la incidencia que Uber tiene en los servicios que prestan los conductores, ya que sin su aplicación estos últimos no podrían contactar a los usuarios del servicio en las mismas condiciones; sin embargo, consideró necesario analizar cuál es la incidencia concreta que tiene Uber Systems Spain en la violación de normas jurídicas dentro del caso planteado por parte de la Asociación Profesional Élite Taxi, dado que el grupo Uber está conformado por otras empresas de índole global y no solamente por la demandada.

Se subraya que el demandante no acreditó que Uber Systems Spain sea la empresa que contacte con los conductores para poder prestar el servicio de transporte, no es la creadora de la aplicación informática ni la encargada de la gestión de la misma. De acuerdo a la declaración de un testigo Uber Systems Spain dicta instrucciones, directrices de trabajo y sesiones informativas a los conductores, esto a criterio del juez significa “tareas de gestión cotidiana de los servicios”²⁰⁹ Estas actividades son de acuerdo al juzgador, actos de cooperación que no constituyen prácticas desleales.

Con respecto a la violación de normas jurídicas, específicamente a la normativa de taxi en Cataluña y al Reglamento Metropolitano, sin entrar a analizar a profundidad, el juez señala que no todas las disposiciones incumplidas alegadas por parte de la Asociación Profesional Élite Taxi tiene un carácter regulador de la competencia, siendo únicamente requisitos de orden administrativo como por ejemplo el uso de emisoras o la regulación de la recogida en determinados puntos de la ciudad, acotando que para que una violación de normativa se configure como competencia desleal no basta con una “mera infracción de una norma que no tiene por objeto la regulación de la actividad concurrencial” lo que “no supone necesariamente una obtención de ventajas competitivas significativas”.²¹⁰

Con respecto a los actos de engaño aducidos en la demanda el juzgador determina que no es posible imputarse a Uber Systems Spain dado que no es la encargada de gestionar el contenido de la página web www.uber.com señalado que:

Ese mismo problema de imputabilidad se deriva de la identificación de los comportamientos infractores de los deberes de competencia ya que si lo que se cuestiona

²⁰⁸ España Juzgado de lo Mercantil Nro. 3 de Barcelona, “Sentencia”, en juicio ordinario nro. 929/2014D2, 10 de abril de 2018, 9.

²⁰⁹ *Ibíd.* 10

²¹⁰ *Ibíd.* 8

es el uso de la aplicación informática, dicha aplicación informática no ha sido ni creada por Uber SS, ni gestionada por Uber SS. La aplicación informática descargable es titularidad de una empresa distinta de la demandada (integradas todas ellas en el grupo Uber) y es explotada por dicha sociedad, ajena a las presentes autos. De hecho el auto de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, confirmando las medidas cautelares, se refiere a la matriz del grupo Uber y a la filial que gestiona la aplicación informática²¹¹

También es importante señalar que en la demanda se había citado de manera genérica que las conductas efectuadas por parte de Uber eran contrarias a la buena fe citando el art. 4 de la Ley de Competencia Desleal española; sin embargo el juez es enfático al determinar que no es suficiente la enunciación del articulado por parte del demandante sino que además es necesario que quien alega aporte los elementos probatorios para demostrar la existencia de una práctica desleal diferente al de violación de la norma y actos de engaño enunciados. Finalmente se desestimó la demanda planteada en contra de Uber Systems Spain S.A.

En esta decisión judicial es importante destacar el criterio que tuvo el juzgador sobre las actividades de la parte demandada con relación a otras empresas del grupo Uber y la violación normativa al considerarlas como de cooperación lícita. Este criterio puede tener trascendencia a fin de establecer tanto estrategias de defensa como de acusación en futuros casos ya que dado las características actuales de las tecnologías el soporte y desarrollo de las aplicaciones como las de Uber o Cabify puede darse desde países distintos de donde operan lo que eventualmente implicaría una dificultad para las autoridades o demandantes de establecer responsables en el cometimiento de una infracción.

1.1.3. Bruselas

Al igual que en España en Bélgica Uber ha tenido dificultades para prestar sus servicios; una férrea oposición de organizaciones de taxis desembocó en acciones judiciales para prohibir el funcionamiento de la aplicación, es así la organización Taxi Radio Bruxellois NV planteó ante el Tribunal de Comercio de Bruselas una solicitud de cese de operaciones en contra de Uber Belgium BVBA, Uber BV, Uber International BV y Rasier Operations BV v. argumentando que estas compañías estaban incurriendo en

²¹¹ *Ibíd.* 9

prácticas de competencia desleal al facilitar a través de la aplicación de Uber que conductores que no cuentan con una licencia de taxi puedan brindar dicho servicio lo que contravenía el art. 3 de la Legislación belga que el servicio de alquiler de taxi y vehículos con chofer.²¹²

De acuerdo a la normativa belga para que un servicio de taxi sea considerado como tal debe reunir tres elementos, el primero implica que el traslado de quien lo solicita se realiza a cambio de un valor económico, el segundo es que el vehículo por el cual se presta el servicio debe estar disponible para el acceso al público ya sea en un estacionamiento o parada de acceso libre o no, y el tercer requisito es que el destino debe ser establecido por el cliente.²¹³

En este caso Uber Belgium BVBA argumentó que sus servicios son de intermediación entre conductores particulares quienes efectúan viajes preestablecidos por parte del aplicativo UberPop y que esto no constituye un servicio de taxi lo cual fue rechazado por el Juez ya que a su criterio las condiciones definidas por la normativa para ser considerado servicios de taxi estaban siendo cumplidas, recalcando el hecho de que los conductores recibían ingresos superiores a los costos de prestación del servicio existiendo así una ganancia y los mismos no contaban con los permisos correspondientes; además se determinó que a través de la aplicación de Uber se efectuaban los pedidos de conductores y se gestionaba el pago.²¹⁴

Bajo las consideraciones antes señaladas el Tribunal de Comercio consideró la existencia de una práctica desleal contraria a los usos honestos conforme lo define el Art. VI.104 del Código de Comercio belga (*Code de droit économique*)²¹⁵ ordenando que Uber BV cese las prácticas de competencia a través del servicio de UberPop imponiendo además una multa de diez mil euros, decisión que fue cumplida por la compañía a partir del 14 de octubre de 2015.²¹⁶ En este pronunciamiento no se determinó si el servicio de UberX, cuyos conductores cuentan con licencias VTC, también era considerado competencia desleal.

²¹² Bruselas, Ordonnantie betreffende de taxidiensten en de diensten voor het verhuren van voertuigen met chauffeur (Ordenanza sobre servicios de taxi y servicios de alquiler de vehículos con chofer), Publicación 1995031265, 01 de junio de 1995, art. 3

²¹³ Ibid. art. 1.

²¹⁴ Van Bael & Bellis, "Uber Ordered to Terminate UberPOP Service in Brussels", *Van Bael & Bellis on Belgian Business Law*, 23 de septiembre de 2015, 18.

²¹⁵ Bélgica, Code de droit économique (Código de Derecho Económico), Publicación 2013A11134, 29 marzo de 2013, Art. VI.104.

²¹⁶ Bael & Bellis, "Uber Ordered to Terminate UberPOP Service in Brussels", 19.

Los incidentes jurídicos no concluyeron allí ya que Taxi Radio Bruxellois NV recurrió al Tribunal de Primera Instancia de Bruselas a fin de prohibir los servicios de UberX sin éxito dado que el 24 de febrero de 2017 la autoridad judicial se manifestó a favor de Uber al señalar que la prohibición está limitada a los servicios prestados por conductores sin licencia a través del aplicativo de UberPop, como se señaló en el párrafo anterior, resolución que fue apelada por Bruxellois ante el Tribunal de Apelaciones que dictaminó que le corresponde al Tribunal de Comercio aclarar el alcance de su sentencia.

El 18 de diciembre de 2018 el Tribunal de Comercio de Bruselas se ratificó en su decisión acotando que el servicio de taxi solo puede ser prestado por quienes cuentan con una licencia para tal fin conforme lo señala el art. 3 de la Ordenanza sobre servicios de taxi y servicios de alquiler de vehículos con conductor del 27 de abril de 1995.²¹⁷ Esta decisión no implica la prohibición del funcionamiento de UberX, la cual es prestada por conductores en cuentan con licencias VTC conforme lo dispone el capítulo III de la Ordenanza ibídem.

Como se recalcó en el capítulo segundo el incumplimiento de normas de carácter concurrencial, en este caso el operar como taxi sin permisos, conlleva una presunción de una ventaja significativa con respecto a los demás operadores que sí cumplen las disposiciones legales. Tanto en primera y segunda instancia no se analizó, al menos así consta en el texto de la sentencia revisada, cuál había sido la incidencia en el precio del servicio de transporte de quienes no contaban con las autorizaciones sino que únicamente se centró en verificar el no cumplimiento a la Ordenanza regulatoria, de allí se determinó que el aplicativo de Uber había servido para permitir el contacto entre conductores y usuarios además de gestionar el pago siendo su intermediación fundamental para que los conductores infractores puedan incumplir la Ordenanza regulatoria, esto conllevó a que Uber sea responsable de la comisión de una práctica de competencia desleal.

1.1.4. Frankfurt

En el año 2014 fue presentado por parte de Taxi Deutschland ante el Tribunal de Franckfurt una solicitud de medidas cautelares en contra de Uber, al igual que en casos

²¹⁷ Bélgica, Tribunal de Comercio de Bruselas, “Sentencia”, en proceso Nro. A/18/04854, 18 de diciembre de 2018, 19.

anteriores, se argumentó que la aplicación de UberPop permitía que conductores sin licencias profesionales puedan contactar con usuarios para prestar servicios de taxi.

De acuerdo al art. 2 de la Ley de Transporte de Pasajeros alemana quienes realicen servicios de transporte regular u ocasional deberán contar con un permiso, excepto si la tarifa cobrada no excede los costos operativos del viaje, para el Tribunal si bien es cierto Uber no es quien efectúa directamente los desplazamientos si colabora en la violación de la norma jurídica además de fijar las tarifas por los servicios prestados a través de su aplicativo informático es así que citando el art. 6 de la mencionada Ley, el cual determina que la aplicación de la normativa no se verá afectada por ningún mecanismo que busque evadir el cumplimiento, siendo Uber es responsable de la violación normativa que regula el transporte de pasajeros.²¹⁸

El Tribunal de Frankfurt sustentó su resolución en el art. 3 de la Ley Contra la Competencia Desleal, en donde se prohíbe de manera general las prácticas desleales incluyendo la violación de normas, y el art. 4 ibídem que regula los actos de engaño que afectan los derechos de los consumidores decidiendo finalmente prohibir a Uber continuar prestado su servicio de UberPop; sin embargo no se pronunció sobre si su decisión es también aplicable Uber Black, cuyos conductores si poseían permisos bajo la figura de VTC.

Al igual que la decisión del Tribunal del Bruselas, el servicio de Uber prestado a conductores sin licencia a través de su aplicativo fue fundamental para que estos realicen servicios de transporte a modo de taxi, encontrando a la empresa como responsable indirecto de prácticas de competencia desleal.

1.1.5. Berlín

El 9 de febrero de 2015 el Tribunal del Distrito de Berlín a partir de una demanda presentada en contra de Uber B.V. por parte de Taxi Deutschland Servicegesellschaft decidió sobre si el servicio de Uber Black era o no competencia desleal el cual era prestado por conductores que poseían licencias reconocidas en el art. 49 de la Ley de Transporte de Pasajeros (VTC) en donde se establecía las siguientes condiciones para la prestación del servicio:

²¹⁸ Alemania, Tribunal Regional de Frankfurt, proceso Nro. 323/14, 25 de agosto de 2014.

- Los pedidos de viaje de los usuarios deben ser recibidos primero en la sede de la empresa a la cual pertenece el conductor y posteriormente comunicar a este último para proceder a realizar el viaje.
- Una vez que se haya completado el viaje el conductor debe regresar a la sede de la empresa excepto si antes recibe una nueva solicitud vía telefónica remitida desde la sede.
- La empresa de alquiler a la cual pertenece el vehículo que presta el servicio debe llevar un registro de las solicitudes de viaje efectuadas hasta por un año.
- El conductor no puede recibir por si solo solicitudes de viaje debiendo siempre estar sometido a las condiciones antes señaladas.²¹⁹

Al igual que en casos anteriores, Uber argumentó que no es dueña de los vehículos y que su servicio es solo de intermediación, alegación que fue desechada por parte del juzgador quien señaló que aun cuando no es propiamente una empresa de transporte a través de su aplicación informática se estaba colaborando con los conductores para incumplir la Ley de Transporte de Pasajeros.

Uber también adujo que no existía una relación competitiva entre los taxis y el servicio de Uber Black dado que este último estaba destinado para un segmento de consumo de lujo; pero este punto fue descartado por el juzgador al considerar que ambos servicios eran intercambiables incluso citando un lema comercial de Uber en donde expresaba que su servicio era mejor, más barato y rápido que el de un taxi.

Con respecto al cumplimiento del art. 49 Ley de Transporte de Pasajeros en el proceso se demostró que las órdenes de viajes efectuadas por los usuarios a través de la aplicación no eran recibidas por la empresa de transporte a la cual pertenecía el conductor sino que iban hacia los servidores de Uber ubicados en los Países Bajos y posteriormente de forma automática se remitía el pedido del vehículo al conductor más cercano y se notifica a la empresa, esto implicó que las obligaciones de la empresa de transporte a la cual está suscrito el conductor estaban siendo suplidas por el servicio de Uber lo que creaba una sede remota, algo que no está reconocido por la ley.

²¹⁹ Alemania, Personenbeförderungsgesetz (Ley de Transporte de Pasajeros), FNA: 9240-1, 01 de enero de 1964, art. 49.

Además, se estableció que la empresa de transporte también tenía independencia del servicio suministrado por Uber, lo que le permitía efectuar sus propias órdenes de viajes bajo sus términos.

A criterio de la Cámara este sistema automático implementado por Uber desvirtuaba la finalidad de las licencias de transporte de pasajeros señalado en el art. 49 de la Ley de Transporte de Pasajeros dado que la obligación de regresar al establecimiento de la empresa estaba destinado a evitar que los vehículos busquen pasajeros en las vías o plazas como lo hacen los taxis aspecto que ocurre con la aplicación, señalando que el sistema implementado por Uber está diseñado para violar la ley.²²⁰

Con las consideraciones antes señaladas la Cámara resolvió prohibir el funcionamiento del aplicativo Uber, incluyendo el servicio de Uber Black, en la ciudad de Berlín por contravenir la Ley de Transporte de Pasajeros. En caso de no acatar la decisión se podía imponer multas económicas de hasta doscientos cincuenta mil euros y seis meses de prisión a su representante legal. Esta decisión sería apelada por la empresa de economía colaborativa lo que derivaría a que la Corte Federal de Justicia ratifique las medidas mediante una resolución del 11 de octubre de 2018.²²¹

En este caso, al igual que el de Bruselas y Frankfurt, se observa que si bien es cierto se reconoce que Uber no presta los servicios de transporte, siendo los conductores quienes incumplen las regulaciones, el soporte que brinda la compañía es fundamental para que sea posible la violación normativa, esta consideración trasciende la discusión sobre si la empresa debe ser considerada parte del sector del transporte, informática o de intermediación.

1.1.6. Colombia

En Colombia las sanciones en contra de la empresa no han venido por parte de la Superintendencia de Industrias y Comercio, organismo a cargo de juzgar los actos de competencia desleal en aplicación de la Ley N° 256 de 1996, sino de la Superintendencia de Puertos y Transportes.

²²⁰ Alemania, Tribunal del Distrito de Berlín, “Sentencia”, proceso Nro. 101 O 125/14, 09 de febrero de 2015.

²²¹ Alemania, Primera Sala Civil de la Corte Federal de Justicia de Berlín, “Sentencia”, proceso Nro. I ZR 3/16, 13 de diciembre de 2018.

Aun cuando en el año 2016 el superintendente ad hoc de Puertos y Transportes Pablo Arteaga informó que había presentado ante la Superintendencia de Industrias y Comercio una denuncia en contra de Uber por competencia desleal hasta la actualidad no se ha emitido un pronunciamiento de este último ente de control; tampoco ha existido una resolución sobre otra denuncia presentada por el mismo organismo público por una presunta violación de derechos a los consumidores.²²²

Además a lo antes señalado es importante mencionar que la Superintendencia de Puertos y Transporte, ente a cargo de la supervisión, inspección y control de la prestación del servicio de transporte terrestre, sancionó a Uber Colombia S.A. por incumplimiento normativo mediante la resolución Nro. 18417 de 14 de septiembre de 2015, la cual fue posteriormente ratificada mediante resolución Nro. 040313 del 19 de agosto de 2016.²²³

Para la Superintendencia las actividades de Uber Colombia permitían la violación de las normas reguladoras del transporte conforme lo reconoce el art. 9 numeral 4 de la Ley 105 de 1993 al facilitar y promocionar servicios de transporte no autorizados es por este motivo que se procedió a solicitar a Uber Colombia S.A.S. “cesar la facilitación y promoción de prestación de servicios de transporte no autorizados, a través de voceros o terceros, o medio publicitarios o de difusión de cualquier índole (ya sea individual o masiva)”, además de advertir que de continuar con sus actividades se podría imponer una sanción de entre uno y quinientos salarios mínimos legales mientras continúe incumpliendo lo ordenado por la Superintendencia.

Esta sanción no implica que en un futuro Uber pueda ser sancionado por actos de competencia desleal bajo la figura de violación de normas, dado que para esto es necesario que existan otros elementos adicionales al incumplimiento de una obligación legal, dado que la Superintendencia de Industrias y Comercio colombiana ha sido enfática al señalar que la figura de violación de norma no debe interpretarse como un control de todo el marco jurídico siendo necesario la configuración de los siguientes elementos:

[...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

²²² Colombia Superintendencia de Puertos y Transporte, “Queja administrativa y solicitud de MEDIDA CAUTELAR en contra de UBER COLOMBIA S.A.A, CABIFY COLOMBIA S.A.S., EASY TAXI COLOMBIA S.A.S. y SMART TAXI S.A.S., por la presunta infracción a las normas contenidas en el Capítulo VI del Estatuto del Consumidor, relativas a la protección del consumidor de comercio electrónico”, 1.

²²³ Colombia Superintendencia de Puertos y Transportes, Resolución 40313, 19 de agosto de 2016.

la anotada vulneración; (iii) que la ventaja se logre frente a los competidores; y (iv) que resulte significativa.²²⁴

Pero además a esos elementos sería también concerniente analizar si las actividades de Uber Colombia S.A.S. resultan lo suficientemente relevantes en relación a la violación normativa para considerarse como partícipe un acto desleal.

1.1.7. Perú

Al igual que en Colombia en el Perú tampoco se han planteado procesos en contra de Uber por competencia desleal bajo la figura de violación de normas; sin embargo, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual sí ha resuelto varias denuncias por violación a los derechos del consumidor destacando de entre todas aquellas la Resolución 1203-2016/SPC-INDECOPI en donde se consideró que las actividades de Uber Perú S.A. son las de un proveedor de “servicio de transporte urbano de pasajeros”, decisión ratificada por la Quinta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima²²⁵.

Este criterio conlleva una gran importancia ya que delimita la situación jurídica de Uber al de una empresa proveedora de servicio de transporte urbano de pasajeros, similar a la consideración europea determinada por el Tribunal de Justicia mediante resolución Nro. A8-0195/2017; esto implica una relación concurrencial con otros operadores de similares servicios que bien podrían ser empresas de taxis lo que a futuro en caso de existir una denuncia por competencia desleal el argumento sobre que sus servicios son solo de intermediación tecnológica y no de transporte perderían validez.

1.2. Cabify

Con mucho menor incidencia que Uber las actividades de Cabify también se han visto envuelta en procesos legales que buscaban impedir su funcionamiento bajo el argumento de cometer práctica desleales al incumplir normas de transporte.

²²⁴ Colombia Superintendencia de Industria y Comercio, “Sentencia”, Expediente 04031702, de 06 de agosto de 2010, literal b.

²²⁵ Perú Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, Resolución 1203-2016/SPC-INDECOPI, 22 de julio de 2016, 6.

1.2.1. Madrid

En el año 2015 la Federación Profesional del Taxi de Madrid planteó una demanda en contra de Maxi Mobility Spain, S.L. (Cabify) ante el Juzgado de lo Mercantil Nro. 12 de Madrid por infracciones a la ley de Competencia Desleal por violación del artículo 182 del Real Decreto 1211/1990 y el art. 23 de la Orden FOM/36/2008 en cuyo texto se disponía lo siguiente:

En ningún caso podrán los vehículos amparados en autorizaciones de arrendamiento con conductor aguardar o circular por las vías públicas en busca de clientes, ni realizar la recogida de los que no hayan contratado previamente el servicio. Los vehículos adscritos a las autorizaciones de arrendamiento con conductor no podrán abandonar el lugar en que habitualmente se encuentren guardados o estacionados sin llevar a bordo la documentación prevista en el primer párrafo, en los términos en los que se señala; salvo que se acredite que su desplazamiento tiene como causa la realización de operaciones de revisión, reparación o mantenimiento del propio vehículo.²²⁶

En dicha acción los demandantes solicitaban al juez el cese del funcionamiento de la app “CABIFY” que permitía el contacto de clientes con conductores que prestan los servicios de transporte y el “cese de todo tipo de publicidad llevada a cabo por la demandada en la que se realicen referencias comparativas al sector del taxi, que sean susceptibles de inducir a error a los consumidores y usuarios.”²²⁷

El Juez basó su decisión, en primer lugar, en el grado de participación que Cabify tiene en la prestación de los servicios de transporte y es que para él la normativa enunciada establece condiciones de servicio para los conductores de los vehículos con licencias VTC y no para la empresa intermediaria como lo es Cabify; incluso recalca el hecho que en el contrato que esta última empresa suscribe con los conductores se establece claramente la constancia y exigencia del cumplimiento de las normas de tránsito aplicables.

A partir de esta primera conclusión es claro que a criterio del juez Cabify no es una empresa de transporte sino de intermediación, premisa que se expone con mayor fuerza al señalar que el demandante no ha enunciado ninguna norma que regule “la actividad de intermediación, la asignación de servicios ni la facturación de los mismos que haya sido violada directamente por la demandada”²²⁸ y tampoco ha demostrado que

²²⁶ España Juzgado de lo Mercantil Nro. 12 de Madrid, “Sentencia”, Juicio Ordinario Nro. 537/2015, 13 de junio de 2017, 5.

²²⁷ *Ibíd.* 2.

²²⁸ *Ibíd.* 10.

Cabify haya inducido a los conductores con licencias VTC a la comisión de alguna infracción.

El análisis sobre si ha existido el incumplimiento de alguna norma que pueda considerarse competencia desleal no solo se limita a las actividades efectuadas por Cabify sino que el juzgador va más allá en su razonamiento; citando un informe presentado como prueba por Federación Profesional del Taxi de Madrid, con el cual se pretendía demostrar que los conductores no regresaban al lugar en donde deben estar estacionados por buscar clientes en vías públicas, sobre esto el Juez expresó que el “estacionamiento del vehículo en un lugar distinto del que corresponda al domicilio fiscal del titular de la licencia ni demuestra que el conductor colaborador de CABIFY circule para captar clientes ni que esté estacionado para propiciar dicha captación”²²⁹.

Finalmente se concluye de manera enfática que “incluso aunque los titulares de licencias VTC hubieran incurrido en una infracción de normas administrativas que regulan la actividad concurrencial y pudiera atribuirse a MAXI MOBILITY SPAIN, S.L. algún tipo de participación en su comisión o inducción”²³⁰ no se había demostrado que el incumplimiento normativo implique una ventaja competitiva significativa. Con los argumentos antes esgrimidos se desistió la demanda presentada en contra de TAXI MOBILITY SPAIN, S.L. (CABIFY).

La decisión tomada por el juez de lo Mercantil Nº 12 de Madrid posteriormente fue apelada por parte de la Federación Profesional del Taxi de Madrid siendo conocido por la Audiencia Provincial Civil de Madrid que resolvió mediante sentencia emitida el 18 de enero de 2019.

Dado que mientras se sustanciaba la apelación presentada el Tribunal de Justicia europeo ya había emitido la decisión C-434/15, ampliamente citado en el presente trabajo, los demandantes buscaron sustentar sus argumentos en base a dicha decisión para señalar que Cabify “formaba parte de una prestación única, que incluía tanto la búsqueda del conductor disponible y la reserva de la carrera, como la prestación de transporte strictu sensu”²³¹ siendo por tal razón un servicio en el ámbito del transporte.

Sobre este argumento presentado la Audiencia Provincial consideró que el caso planteado ante el Tribunal de Justicia europeo que sirvió de base para emitir la decisión

²²⁹ *Ibíd.*

²³⁰ *Ibíd.* 11.

²³¹ España Audiencia Provincial de Madrid Sección Vigésimoctava (segunda instancia), “Sentencia”, Juicio Ordinario Nro. Nro. 537/2015, 18 de enero de 2019, 3.

C-434/15 tenía claras diferencias con el que se estaba resolviendo dado que en el primero el servicio de Uber facilitaba el contacto entre usuarios y conductores sin licencia “a los que esta sociedad proporciona una aplicación sin la cual, por un lado, estos conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte y, por otro, las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores”²³² mientras que los conductores asociados de Cabify si poseían licencias VTC situándolos en circunstancias diferentes de aquellos que actúan bajo ningún permiso.

Por otra parte también se aclaró que un servicio en el ámbito del transporte no es similar al de un servicio de transporte ya que el primero no solo se limita al traslado de personas o bienes de un lugar a otro mediante un vehículo sino que además se extiende a otros servicios relacionados e inherentes.²³³ Este razonamiento implica que aun cuando las actividades de intermediación de Cabify están catalogados como servicios de transporte no está sujeto al Real Decreto 1211/1990, la cual regula a los servicios de taxi y vehículos con conductor, por no ser su ámbito de servicio.

Otras alegaciones efectuadas por parte de la Federación Profesional del Taxi de Madrid fueron descartadas argumentándose que “con independencia del juicio que nos merezca la corrección de tales planteamientos, el hecho de que los alegatos sobre los que pivotan no formasen parte de aquellos en que se sustentaba la demanda impide tomarlos en consideración en este estado del trámite, que es cuando afloran”²³⁴. Es así que finalmente se desestimó el recurso de apelación presentado en el proceso Nro. 537/2015.

Más allá que a criterio del juez la parte accionante no pudo demostrar la existencia de una infracción al Real Decreto 1211/1990 por parte de los conductores que realizan viajes bajo la plataforma de Cabify y la incidencia que esta última pudiera haber tenido en la violación normativa es destacable mencionar que aun cuando se hubiera logrado comprobar tal cosa el juzgador consideró que también es necesario demostrar la existencia de una ventaja competitiva significativa distanciándose de la línea de

²³² Tribunal de Justicia Europeo (Gran Sala), “Sentencia”, Asunto C-434/15”, Caso Asociación Profesional Élite Taxi vs Uber System Spain, SL, 20 de diciembre de 2017, párrafo 49, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=198047&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=334595>.

²³³ España Audiencia Provincial de Madrid Sección Vigésimotava, “Sentencia”, Juicio Ordinario Nro. Nro. 537/2015, 18 de enero de 2019, 3-4.

²³⁴ *Ibíd.* 7.

pensamiento que reconoce la violación de normas de carácter concurrencial están prohibidas *per se*.

1.2.2. Perú

A raíz de un informe efectuado por parte de la Gerencia de Transporte Urbano de la Municipalidad Metropolitana de Lima en donde se notificó a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) que la empresa Maxi Mobility Perú S.A.C. denominado como Cabify se encontraría “prestando el servicio de taxi vulnerando la normativa sobre la materia y de esa forma prestando un servicio que carece de seguridad a los usuarios, exponiéndolos a graves riesgos que no son asumidos por la personas jurídicas prestadoras que viene ejerciendo este tipo de prácticas en el mercado.”²³⁵

Con ello la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y posteriormente la Secretaría Técnica del INDECOPI efectuarían una serie de informes sobre las actividades que desempeña Cabify concluyendo este último órgano, mediante resolución de fecha 22 de diciembre de 2014, lo siguiente:

- a) La presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto ejemplificado en el literal b) del numeral 14.2 del artículo 14 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que estaría concurriendo en el mercado prestando el servicio de taxi sin contar con la autorización de la Gerencia de Transporte Urbano de la Municipalidad Metropolitana de Lima, inobservando lo establecido en el artículo 11 de la Ordenanza que regula la prestación del Servicio de Taxi en Lima Metropolitana.
- b) La presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto ejemplificado en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, por la difusión de publicidad que daría a entender erróneamente a los consumidores que sería una empresa prestadora del servicio de taxi, cuando en realidad ello no sería cierto, toda vez que sería una empresa prestadora del servicio de plataforma de comunicaciones.²³⁶

Sobre la base de lo antes citado la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI el 05 de agosto de 2015 entró analizar y resolver si existía o no actos de competencia desleal por violación de normas y engaño no sin antes escuchar la defensa de Maxi Mobility (Cabify) la cual argumentó:

²³⁵ Perú Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal Nro. 1, Resolución Nro. 074-2015/CD1-INDECOPI, 05 de agosto de 2015, 2.

²³⁶ Ibid. 3

- Que había solicitado autorización para prestar servicios de taxi pero que no había tenido una respuesta.
- Dada la tardanza en la entrega de la autorización sus actividades se limitan al de una plataforma virtual de interconexión entre taxistas y usuarios solicitantes de transporte en Lima Metropolitana a través de un aplicativo que permite pagar con tarjeta de crédito o Paypal y seguir en tiempo real la ruta del conductor.
- Adoptaría medidas de seguridad como la contratación de una póliza de seguro para accidentes de tránsito que cubre la responsabilidad civil, brindar charlas de capacitación a los conductores sobre normas viales, apoyo psicológico para los aspirantes a conductores y revisaría los antecedentes penales, policiales y el perfil de los conductores y trabajadores.
- Finalmente que el argumentar que su servicio es seguro no es cometer engaño dado que sus conductores son sometidos a diversos exámenes para comprobar su idoneidad.²³⁷

La Comisión de Fiscalización procedió analizar distintos el texto publicado en la página web de Cabify en donde consta que la empresa se promociona como una empresa de intermediación que facilita el contacto entre conductores y usuarios, y no como una compañía de transporte, este análisis fue concatenado con el objeto social de Maxi Mobility obtenido de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos en donde se establece que es el de “dedicarse al desarrollo y uso de plataformas de comunicación para la contratación de servicios y no de la prestación del servicio de taxi.”²³⁸

Finalmente se concluyó que Cabify no estaba en la obligación de obtener la autorización de funcionamiento otorgada por la “Gerencia de Transporte Urbano de la Municipalidad Metropolitana de Lima, conforme lo estipulado en el artículo 11 de la Ordenanza que regula la prestación del Servicio de Taxi en Lima Metropolitana.”²³⁹ Declarando infundada la acusación presentada ante Maxi Mobility.

2. Visión general sobre las decisiones analizadas

²³⁷ Ibid.

²³⁸ Ibid. 10.

²³⁹ Ibid. 11

Como se ha podido observar Uber han tenido distintas suertes en lo que se refiere al juzgamiento de actos de competencia desleal por violación de normas. De estas decisiones se puede establecer dos marcadas tendencias en función de la valoración del grado de participación que han tenido las empresas demandadas en el cometimiento de las infracciones.

2.1. Criterios contrarios a las actividades de Uber

En aquellos casos en donde se procedió a sancionar a Uber por competencia desleal se puede destacar los siguientes puntos. El primero es que realmente no fue trascendente el argumento de Uber de ser solo un intermediario tecnológico y que no es propietario de los vehículos que prestan los servicios de transporte, esto es entendible dado las prácticas desleales no necesariamente pueden provenir directamente de un competidor sino que también pueden ser efectuadas por un tercero capaz de influir en el mercado; partiendo de esto es viable concluir que las actividades de intermediación de Uber, a criterio de los juzgadores, son capaces de afectar al mercado de transporte en donde se presta el servicio de taxi y por lo tanto ser responsable de una práctica desleal.

Como segundo aspecto a destacar de las decisiones antes revisadas es que en ninguna de ellas los juzgadores analizaron cuál es la ventaja competitiva de aquellos conductores que no contaban con los permisos necesarios para operar como taxi con relación de aquellos que si cumplían con las normas legales. En estos casos solo bastó demostrar que los conductores que transportaban personas bajo la plataforma de Uber incumplían con la ley para determinar la existencia de una práctica desleal.

Esto último criterio es plenamente justificable ya que en algunas legislaciones se considera que la violación de una norma de carácter concurrencial, en este caso las normas que obligan a tener una licencia de taxi, están prohibidas *per se*, juzgándose como competencia desleal sin que sea necesario demostrar si el beneficio es sustancial o no.

2.2. Criterios favorables a las actividades de Uber y Cabify

En los casos juzgados ante jueces españoles en donde Uber y Cabify fueron absueltos resalta el criterio sobre la necesidad de demostrar que una violación normativa otorga una ventaja significativa en la relación concurrencial para ser considerada como

desleal, aspecto que no fue justificado por quienes demandaron a estas empresas, lo que se contrapone al criterio de prohibición *per se* señalado anteriormente.

Otro elemento argumentativo que es posible evidenciar tanto en la decisión del INDECOPI peruano como en las sentencias de los jueces españoles es la considerar que tuvieron sobre el impacto que poseían las actividades de Uber y Cabify, señalando que las mismas están limitadas a la intermediación o cooperación, según el caso analizado, sin que sean calificados como responsables de posibles infracciones que cometieran los conductores que prestan el servicio de transporte bajo sus plataformas. Esto derivó además a considerar que estas empresas de economía colaborativa solo están obligadas a cumplir con la normativa relacionada a sus actividades de intermediación y no aquellas que rigen el servicio de transporte de pasajeros.

Con los argumentos antes señalados es factible deducir que a partir de los antecedentes citados bajo las legislaciones española y peruana quien pretenda demostrar que Uber y Cabify han cometido una práctica desleal por violación de normas deberá aportar una significativa carga probatoria que no solo se limite a demostrar si los conductores que prestan sus servicios bajo estas plataformas cumplen o no con la ley sino que además permita concluir si el incumplimiento normativo genera un beneficio sustancial con relación a otros competidores pero sobre todo es imprescindible establecer cuál es el grado de participación de las empresas antes citadas en la violación legal.

3. Competencia desleal por violación de normas en el marco jurídico ecuatoriano

A diferencia de países como Perú, Colombia o España en el Ecuador los antecedentes de juzgamiento de prácticas desleales por violación de normas en la actualidad es bastante escaso. Hasta la elaboración de este trabajo tan solo existe un caso en donde la Superintendencia de Control del Poder de Mercado procedió a sancionar a un operador bajo esta figura, es por este motivo que más allá de lo que establece la ley el definir cuál sería los estándares de juzgamiento que el ente de control adopte a futuro para estas prácticas resultaría una misión más bien teórica.

Sin embargo a lo antes señalado resulta bastante oportuno analizar en cómo el legislador ha establecido la figura de competencia desleal por violación de normas dentro de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y la casuística existente de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado para tener una noción

sobre cuál podría ser el camino a seguir con respecto a un posible juzgamiento a las actividades de Uber y Cabify.

La violación de normas como práctica desleal se encuentra reconocido en el numeral 9 del artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y lo define como:

Violación de normas.- Se considera desleal el prevalecer en el mercado mediante una ventaja significativa adquirida como resultado del abuso de procesos judiciales o administrativos o del incumplimiento de una norma jurídica, como sería una infracción de normas ambientales, publicitarias, tributarias, laborales, de seguridad social o de consumidores u otras; sin perjuicio de las disposiciones y sanciones que fuesen aplicables conforme a la norma infringida.

La concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes configura una práctica desleal cuando la ventaja competitiva obtenida es significativa.

Del texto es posible resaltar que si bien es cierto existe una diferenciación entre normas de carácter concurrencial (autorizaciones legales) y aquellas de carácter general (normas tributarias, laborales, etc.), esto solo sirve para recalcar que en ambos casos es necesario la existencia de una ventaja significativa para poder ser considerado como un práctica desleal.

Más allá de la característica antes señalada el texto no aclara otros aspectos como la necesidad o no de contar con pronunciamientos prejudiciales de las autoridades competentes en donde se originó la violación normativa para poder juzgar la deslealtad de los actos o criterios de como determinar si una ventaja es significativa lo que conlleva a que sea la Superintendencia quien deba definir estos aspectos.

Ya en la práctica la necesidad de demostrar la existencia de una ventaja significativa por incumplimiento normativo se ve reflejado en los análisis efectuados por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado para sancionar a OTV MULTICABLE, allí se procedió a realizar un estudio sobre el mercado temporal, geográfico y relevante, y cuál era la oferta de servicios existente para finalmente determinar el beneficio obtenido por la incumplimiento legal concluyendo que esto había originado un beneficio significativa con relación a otros competidores en ese mercado.²⁴⁰

A partir de antes señalado se concluye que en el Ecuador no cabría decisiones sancionatorias en contra de Uber o Cabify como las ocurridas en Bruselas, Frankfurt y Berlín ya que los criterios para valorar esta tipo de práctica desleal se asemeja más bien

²⁴⁰ Ecuador Superintendencia de Control del Poder de Mercado Comisión de Resolución de Primea Instancia, Expediente n° SCPM-CRPI-044-2018, 26 de febrero de 2019.

a la legislación española debiendo considerarse lo que esto implicaría a nivel probatoria como ya se ha explicado anteriormente.

4. Criterios y recomendaciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado a partir de las actividades de Uber y Cabify

Con relación a las actividades de Uber y Cabify la Superintendencia de Control del Poder de Mercado ya ha emitido su criterio; allí se destaca, en aplicación de la abogacía de la competencia, el esfuerzo de este ente público para armonizar las normas concernientes al transporte de pasajeros con la necesidad de permitir el ingreso de nuevos operadores e innovaciones tecnológicas a este mercado.

Mientras que por un lado se señala que Uber y Cabify al estar ubicadas “en el mercado de transporte terrestre comercial de personas, que monitorean esta actividad utilizando plataformas tecnológicas” bien podrían estar cometiendo actos de competencia desleal por violación de normas por no estar homologadas, validadas y calificadas por la Agencia Nacional de Tránsito y el Distrito Metropolitano de Quito; se concluye que “la participación de nuevas plataformas tecnológicas, como medio de vinculación entre el conductor y el cliente, genera alternativas de decisión y elección al usuario, por lo que es necesario que el ente rector las regularice, a fin de propender la eficiencia económica, el bienestar general y los derechos de los consumidores.”²⁴¹

Bajo estas dos consideraciones la Superintendencia optó por exhortar reformas al marco jurídico que regula el servicio geolocalización de vehículos que brindan el servicio de transporte de pasajeros así como la forma en cómo y con que se calcula el precio de este servicio.

Es así que recomendó a la Agencia Nacional de Tránsito modificar inmediatamente el art. 4 del Reglamento para la “Calificación Adquisición, Instalaciones, Soporte Técnico y Uso de Aplicativos Móviles para el Despacho de Flota, a través del Posicionamiento Global GPS Navegador y Telecomunicaciones en las Unidades Vehiculares que prestan el Servicio de Transporte Comercial en Taxi Ejecutivo y Convencional” en donde se establecía que los aplicativos móviles de taxis sean de fabricación nacional por considerarlo una barrera de entrada normativa que restringía a la

²⁴¹ Ecuador Superintendencia de Control del Poder de Mercado Informe Especial Nro. SCPM-IAC-DNEM-015-2017, 10 de julio de 2018.

eficiencia económica, el derecho a desarrollar actividades económicas y la libre concurrencial. Además solicitó revisar el art. 62 del Reglamento a la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial en donde se dispone la obligatoriedad del uso de taxímetros en los taxis dado que esto limita el desarrollo de nuevos sistemas tecnológicos de cálculo y cobro.²⁴²

La adopción de estas recomendaciones tendría como objeto fundamental que Uber y Cabify, así como otros operadores, puedan ejercer sus actividades forma legal para que de esta manera no incurran en posibles violaciones normativas y prácticas de competencia desleal.

También es importante resaltar que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado no es muy clara al determinar cuál es el mercado concerniente a las actividades de Uber y Cabify ya que si bien es cierto señala que están en el “mercado de transporte terrestre comercial de personas, que monitorean esta actividad utilizando plataformas tecnológicas” las normas que recomendó modificar más bien están relacionadas con servicios de intermediación. Esta vaga definición bien podría ser explicada aplicando el criterio que utilizó el juez Mercantil Nro. 12 de Madrid en el caso de Cabify, a raíz del pronunciamiento del Tribunal de Justicia Europeo, quién señaló que los servicios en el ámbito del transporte no están limitados al traslado de personas de un lugar a otro a través de un vehículo abarcando otros servicios relacionados e inherentes, esto implica a que el cumplimiento normativo de las antes citadas empresas estaría solo limitado aquellas disposiciones legales relacionadas a los servicios de intermediación y no de transporte.

Concluyendo, a mi criterio y después de los análisis efectuados, si bien es cierto que en el Ecuador es usual que aquellos conductores que operan a través de la aplicaciones de Uber o Cabify no cuenten con las licencias necesarias para prestar sus servicios, esto no necesariamente se debe al deseo de obtener un beneficio por incumplir la norma con relación a los operadores de transporte legales, sino es el resultado de una política restrictiva de las autoridades a cargo que limita la entrega de nuevas licencias de taxis, privando a los usuarios de los beneficios que puede tener un mercado abierto y competitivo.

Si se llegara a determinar que aquellos conductores que operan sin licencias están obteniendo un beneficio sustancial con relación a sus contrapartes que si cumplen con la

²⁴² Ecuador Superintendencia de Control del Poder de Mercado Recomendación Nro. SCPM-DS-07-2018, 20 de julio de 2018.

ley, también sería necesario demostrar si los aplicativos de Uber y Cabify tienen un papel relevante en la violación de tales normas para así poder concluir si son responsables de una práctica desleal.

Incluso si juzgara por prácticas desleales a Uber y Cabify no es menos importante considerar que esta área del derecho es solo una herramienta más para proteger la libertad de empresa, debiendo valorarse otros intereses y derechos como el de los consumidores y el bien común, lo que significa que el Estado debe definir si es más conveniente para la colectividad un mercado abierto a nuevos operadores o la construcción de barreras de entrada que limiten la competencia.

Conclusiones

1. La economía colaborativa es una evolución de los modelos cooperativistas fortalecida por la utilización del internet como medio que permite ampliar la base de individuos que participan en la misma para fines productivos y de consumo.
2. Los modelos de negocios basados en la economía colaborativa se encuentran en auge y expansión tanto a nivel geográfico como en distintas áreas productivas y de consumo de bienes y servicios.
3. La dinámica, constante evolución y expansión de la economía colaborativa significan un nuevo reto regulatorio para los distintos países del mundo, en especial en aquellos en donde el Estado mantiene alto grado de control para el ingreso de nuevos competidores al mercado.
4. En muchos países europeos dado que el otorgamiento de licencias de taxis está altamente restringido y limitado por el Estado, empresas como Uber y Cabify ha tenido que recurrir a licencias VTC para poder ofrecer sus servicios.
5. Empresas como Uber y Cabify se han enfrentado a la férrea oposición de organizaciones de taxis en los distintos países en donde han empezado a funcionar, esto ha conlleva al inicio de varios procesos judiciales en contra de este tipo de empresas, así como la expedición de nuevas normas que buscan regular o prohibir sus actividades.
6. Un argumento que continuamente se ha utilizado para buscar prohibir el funcionamiento de empresas de economía colaborativa en el área del transporte de pasajeros es el de competencia desleal por violación de norma, aduciendo que las citadas compañías o los vehículos que operan bajos las aplicaciones de Uber y Cabify no cumplen con las exigencias legales necesarias para operar.
7. La finalidad de regular los actos de competencia desleal ha ido evolucionando a los largo de los años, enfocándose en un inicio únicamente en la protección de intereses empresariales para posteriormente abarcar los derechos de los consumidores y el interés general, esto se ve plasmado en los distintos cuerpos normativos tanto de Europa como de los países que conforman la Comunidad Andina.
8. Las legislaciones sobre competencia desleal a más de prohibir de manera general las prácticas desleales cuentan con una serie de figuras específicas de actos que

son considerados contrarios a las buenas costumbres y usos honestos mercantiles que facilitan a los administradores de justicia el juzgamiento de prácticas desleales.

9. La violación de norma para obtener una ventaja competitiva es una práctica considerada competencia desleal que permite sancionar aquellos operadores económicos que no cumplen con las normas encaminadas a regular las actividades concurrenciales.
10. Para que la violación de una norma sea considerada competencia desleal no solo basta que se demuestre el incumplimiento de la obligación normativa sino además es necesario demostrar que la misma originó la existencia de una ventaja competitiva sustancial con respecto a los otros competidores.
11. En aquellos procesos seguidos en contra de Uber o Cabify por casos de competencia desleal por violación de norma en donde las citadas empresas han sido favorecidas los jueces o autoridades administrativas han considerado que sus actividades son de intermediación o tecnológicas y por lo tanto no están sujetos a las legislaciones de transporte de pasajeros o no tienen incidencia en la gestión de la aplicación.
12. En los procesos en donde Uber ha sido sancionado por competencia desleal se ha considerado que su participación fue determinante para que los conductores puedan prestar sus servicios incumpliendo la ley.
13. Los casos en donde Uber fue sancionado en análisis solo se limitó al incumplimiento de la norma concurrencial sin la necesidad de demostrar cuál era el impacto en la relación concurrencial y cuál era el grado de colaboración que tenía la empresa de economía colaborativa en esto.

Recomendaciones

1. El Estado debe garantizar la protección de los derechos de las personas pero bajo este argumento no debe convertirse en un obstáculo para imponer restricciones a nuevas formas de organización productiva y de consumo.
2. La economía colaborativa debe ser vista como una oportunidad para generar y distribuir riqueza ya que permite el aprovechamiento de recursos naturales y humanos de manera eficiente, además de promover el consumo responsable.
3. En el ámbito del transporte público se debe promover la participación de nuevos competidores y de esta manera permitir que los consumidores tengan más opciones en el mercado.
4. En el caso ecuatoriano la Superintendencia de Control del Poder de Mercado debe valorar de manera técnica si las actividades ejercidas por las compañías que representan en el Ecuador a Uber y Cabify son de intermediación o de transporte de pasajeros en función de su grado de participación en la gestión de las aplicaciones para Smartphone como ocurrió en el caso resuelto por el Juzgado de Barcelona en contra de Uber Systems Spain.
5. De existir un proceso en contra de Uber y Cabify en el Ecuador por competencia desleal bajo la figura de violación de norma la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su reglamento debe ser aplicada de forma técnica y no ser un instrumento de protección para organizaciones interesadas en restringir la participación de competidores en el mercado del transporte de pasajeros.
6. Las actividades de Uber y Cabify no solo pueden ser valoradas y juzgadas desde el ámbito de la competencia desleal sino que además se debe considerar otros aspectos como el beneficio a los consumidores, incidencia del tráfico en las ciudades en donde operan, efectos ambientales, etc.

Bibliografía

- Acosta, Diego. Las marcas de distribuidor y sus implicaciones en el derecho de la propiedad industrial y de la competencia. Universidad Externado de Colombia, 2016.
- Alemania, *Personenbeförderungsgesetz (Ley de Transporte de Pasajeros)*, FNA: 9240-1, 01 de enero de 1964
- . Primera Sala Civil de la Corte Federal de Justicia de Berlín, “Sentencia”, *proceso Nro. IZR 3/16*, 13 de diciembre de 2018
- . Tribunal del Distrito de Berlín, “Sentencia”, *proceso Nro. 101 O 125/14*, 09 de febrero de 2015
- . Tribunal Regional de Frankfurt, “Sentencia”, *proceso Nro. 323/14*, 25 de agosto de 2014
- Alfonso, Rosalía. *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*. Pamplona: Editorial Aranzadi, S.A.U, 2017.
- Algar, Ray. "Collaborative Consumption", *Leisure Report*, (2007): <https://issuu.com/rayalgar/docs/collaborative-consumption2007rayalgar>.
- Astudillo, Marcela. *Fundamentos de economía*. Mexico D.F.: Instituto de Investigaciones Económicas, 2012.
- Bael, Van y Bellis, "Uber Ordered to Terminate UberPOP Service in Brussels", *Van Bael & Bellis on Belgian Business Law*, 23 de septiembre de 2015
- . *Code de droit économique (Código de Derecho Económico)*, Publicación 2013A11134, 29 marzo de 2013
- Bélgica, Tribunal de Comercio de Bruselas, "Sentencia". En *proceso Nro. A/18/04854*, 18 de diciembre de 2018
- Belk, Russell. "You Are What You Can Access: Sharing and Collaborative Consumption Online", *Journal of Business Research* 67, n.o 8 (2014): 1595-1600, doi:10.1016/j.jbusres.2013.10.001
- Bolivia. *Reglamento Municipal del Servicio Privado de Transporte de Pasajeros contratado mediante Plataformas Tecnológicas, Decreto Municipal Nro. 005/2017*, 13 de marzo de 2017.
- Botsman, Rachel y Rogers, Roo. *What's mine is yours: the rise of collaborative consumption*. New York: Harper Business, 2010.

- Bruselas. *Ordonnantie betreffende de taxidiensten en de diensten voor het verhuren van voertuigen met chauffeur (Ordenanza sobre servicios de taxi y servicios de alquiler de vehículos con chofer)*, Publicación 1995031265, 01 de junio de 1995
- Cabanellas, Guillermo. *Derecho de la Competencia Desleal*. Buenos Aires: Heliasta S.R.L, 2014.
- . *Diccionario jurídico elemental, 13. ed., actualizado corr. y aum.* Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta, 1998.
- Camargo, Emma J. . "Ventaja competitiva significativa: una propuesta para determinar la significatividad de la ventaja", *Con-texto 0*, n.o 46 (2017): 56-59, doi:10.18601/01236458.n46.04
- Cañigual, Albert. *Vivir mejor con menos / Living better with less*. Barcelona: Conecta, 2014.
- Carvajal, Lorena. "La Buena Fe Mercantil en la Tradición Jurídica Occidental". *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 2014
- Castro, Velandia. "Competencia desleal por uso de signos distintivos". *Revista La Propiedad Inmaterial*. (2001)
- Codagnone, Cristiano y Martens, Bertin. *Scoping the Sharing Economy: Origins, Definitions, Impact and Regulatory Issues*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2016.
- Colombia. Consejo de Estado Sala de la Contencioso Administrativo Sección Primera. "Sentencia". En *Expediente núm. 11001-03-24-000-2016-00481-00*, 8 de agosto de 2018.
- .Superintendencia de Industrias y Comercio, "Resolución", *Expediente No. 02085856*, 9 de marzo de 2004.
- .Ministerio de Transporte, Concepto Jurídico Uber, Oficio Nro. 20191340006951, 20 de marzo de 2019.
- .Ministerio de Transporte. *Resolución n° 0002163*, Diario oficial 49907 de 17 de junio de 2016.
- .Sala Plena de la Corte Constitucional, "Sentencia". En *Expediente núm. D-13073*, 17 de septiembre de 2019
- .Superintendencia de Industria y Comercio, "Sentencia". En *expediente 04031702*, de 06 de agosto de 2010

- .Superintendencia de Industria y Comercio, “Sentencia”. En *expediente 06052478*, 16 de diciembre de 2010
- .Superintendencia de Industria y Comercio, *Acta 440*, de 20 de junio de 2016.
- .Superintendencia de Industria y Comercio, *Resolución n° 21478*, de 17 de junio de 2019, Núm. 18.4.1
- .Superintendencia de Puertos y Transporte, “Queja administrativa y solicitud de MEDIDA CAUTELAR en contra de UBER COLOMBIA S.A.A, CABIFY COLOMBIA S.A.S., EASY TAXI COLOMBIA S.A.S. y SMART TAXI S.A.S., por la presunta infracción a las normas contenidas en el Capítulo VI del Estatuto del Consumidor, relativas a la protección del consumidor de comercio electrónico”
- .Superintendencia de Puertos y Transportes, *Resolución 40313*, 19 de agosto de 2016
- Comunidad Andina Tribunal de Justicia, Proceso 110-IP-2010, *Proceso Interno Nro. 2004-00381*, 11 de noviembre de 2010
- . *Decisión 486*, 14 de septiembre de 2000, art. 167, <http://www.comunidadandina.org/StaticFiles/201761102019%20en%20Propiedad%20Intelectual.pdf>.
- Congreso del Perú, "Seguimiento: 01505/2016-CR", proyectosdeley.pe, accedido 10 de marzo de 2019, <http://proyectosdeley.pe/p/rbh2a6/>
- Contreras, Óscar. *La competencia desleal y el deber de corrección en la ley chilena*. Santiago, Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2012.
- Coque, Jorge. "Las cooperativas en América Latina: visión histórica general y comentario de algunos países tipo". *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n.o 43 (2002). <http://www.redalyc.org/resumen.oa?id=17404309>.
- Dagnino, Emanuele . "Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la sharing/on-demand conomy" *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* 3, n.o 3 (2015): 1-29.
- Delgado, Pablo. "Cláusula de prohibición General de Competencia Desleal" *Revista CES Derecho*, (2015)
- Doménech, Gabriel. "La regulación de la economía colaborativa. El caso Uber contra el taxi". *Revista práctica de Derecho*. (2015). <http://roderic.uv.es/handle/10550/54302>.

- Drezgić, Saša, Žiković, Saša y Tomljanović, Marko. *Economics of Digital Transformation*. Rijeka: University of Rijeka, Faculty of Economics and Business, 2019.
- Ecuador. *Ley Orgánica de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial*. Registro Oficial 399 Suplemento 398, 07 de agosto de 2008.
- .Superintendencia de Control del Poder de Mercado Comisión de Resolución de Primea Instancia. *En expediente n° SCPM-CRPI-044-2018*. 26 de febrero de 2019
- .Superintendencia de Control del Poder de Mercado Informe Especial Nro. SCPM-IAC-DNEM-015-2017, 10 de julio de 2018.
- .Superintendencia de Control del Poder de Mercado Recomendación Nro. SCPM-DS-07-2018, 20 de julio de 2018.
- El Universo "Firma española entra al negocio de taxi ejecutivo", El Universo, 4 de agosto de 2016, <https://www.eluniverso.com/noticias/2016/08/04/nota/5724588/firma-espanola-entra-negocio-taxi-ejecutivo>.
- España. Audiencia Provincial de Madrid Sección 28 (Segunda Instancia), "Sentencia", *Juicio Ordinario n° 758/2.014*, 20 de julio de 2018
- .Audiencia Provincial de Madrid Sección Vigésimooctava (segunda instancia), "Sentencia", *Juicio Ordinario Nro. Nro. 537/2015*, 18 de enero de 2019
- .Audiencia Provincial de Madrid Sección Vigésimooctava, "Sentencia", *Juicio Ordinario Nro. Nro. 537/2015*, 18 de enero de 2019
- .Juzgado de lo Mercantil Nro. 1 de Madrid, "Sentencia", *Juicio Ordinario Nro. 1070/2008*, 13 de enero de 2012.
- .Juzgado de lo Mercantil Nro. 12 de Madrid, "Sentencia", *Juicio Ordinario Nro. 537/2015*, 13 de junio de 2017
- .Juzgado de lo Mercantil Nro. 2 de Madrid (primera instancia), "Medidas Cautelares", en *Medidas Cautelares Nro. 707/2014*, 09 de diciembre de 2014
- .Juzgado de lo Mercantil Nro. 2 de Madrid, "Apelación", en *Proceso Nro. 707/2014*, 22 de mayo de 2015
- .Juzgado de lo Mercantil Nro. 3 de Barcelona, "Auto planteando una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea", en *juicio ordinario nro. 929/2014D2*, 16 de julio de 2015

- .Juzgado de lo Mercantil Nro. 3 de Barcelona, “Sentencia”, en juicio ordinario nro. 929/2014D2, 10 de abril de 2018
- .*Ley Nro. 3/1991*, Boletín Oficial del Estado No. 10, 11 de enero de 1911
- .*Real Decreto 1057/2015*, Boletín Oficial del Estado 279, 21 de noviembre de 2015
- .Sala Primera de lo Civil Tribunal Supremo, “Sentencia”, juicio ordinario Nro. 300/2012, 17 de mayo de 2017
- .Tribunal Supremo sala de lo Civil, "Sentencia". en Juicio 1514/2016, 29 de enero de 2019.
- .Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso, "Fallo", Caso "VTC 5 Desarrollo 2015 SL contra la Orden Foral del Diputado Foral del Departamento de Transporte", (Recurso de Casación Contencioso-Administrativo) 17 de julio de 2018.
<http://www.poderjudicial.es/search/SentenciasDictadas/documento/TS/8459022/20180725>.
- Flint, Pinkas. *Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegético del D.L. 701: legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia, 1. ed.* Cercado de Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2002.
- Font, Juan y Miranda, Luis. *Competencia desleal y antitrust: sistemas de ilícitos.* Madrid: Marcial Pons, 2005.
- Galán, Rafa. "Cabify murió 5 veces en 3 años... Tomamos decisiones que nadie en su sano juicio tomaría", *Emprendedores*, 23 de febrero de 2017, <http://www.emprendedores.es/casos-de-exito/a67674/juan-de-antonio-cabify-startup-de-futuro/>.
- García, Lorenzo. "Web 2.0 vs web 1.0", *Contextos Universitarios Mediados, n.o 14*, (2014). http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:UNESCO-contextosuniversitariosmediados-14_1/Documento.pdf.
- García, Margarita. "El caso de UBER desde una visión pública del Derecho". Trabajo Fin de Master, Universidad Internacional de la Rioja, 2018.
- García, Sebastián. *Competencia desleal: actos de desorganización del competidor.* Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004.

- Gómez, Miranda y Vázquez, Fernando. "Una institución virtual para el aprendizaje colaborativo". *Apertura: Revista de Innovación Educativa* 5, n.o 1 (2005).
- González, Marco. *Competencia desleal: análisis crítico y elemento para la aplicación de la ley no. 20.169, de 2007*. Santiago de Chile: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2007.
- González, Mario, Lizcano, José y Asprilla, Yefer. "Uber en el Medio Ambiente Urbano: una revisión desde la teoría de sistemas en el caso mazatlán", *Revista REDES*, Edición Especial, (2017), 135-36.
- Guillén, Nicolás. "El arrendamiento de vehículos con conductor (VTC) y su entramado jurídico: el avance de Uber, Cabify y la economía colaborativa", *REALA. Nueva Época n.o 9* (2018)
- Gutiérrez, Jaime. "El "crowdfunding" mucho más que un mecenazgo". *Revista Contable* n.o 49, (2014).
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4647477.pdf>.
- Hardin, Garrett. "The Tragedy of the Commons", *Science*, New Series 162, n.o 3859 (1968). <https://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243/tab-pdf>.
- Heinrichs, Harald. "Sharing Economy: A Potential New Pathway to Sustainability", *GAIA - Ecological Perspectives for Science and Society* 22, n.o 4 (2013).
<https://pdfs.semanticscholar.org/4e91/16758a648724c637597825af1065a8c50dbe.pdf>.
- Histogramas. "La historia de Cabify convertida en infografía", *Histogramas*, accedido 13 de diciembre de 2018, <http://histogramas.com/infografia-historia-cabify.html>.
- Hosteltur, "Cabify es el primer unicornio español: su valor supera los 1.000 M € | Transportes", Hosteltur: Toda la información de turismo, accedido 13 de diciembre de 2018, https://www.hosteltur.com/126605_cabify-es-primer-unicornio-espanol-su-valor-ya-supera-1000-m.html.
- Jara Vasquez, María Elena. "Protección jurídica contra la competencia desleal en los países de la Comunidad Andina. Pautas para su tratamiento en el Ecuador" . Tesis Programa de Maestría en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2003.
<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2429/1/T0221-MDE-Jara-Protecci%c3%b3n.pdf>

- Llerena, Emilio. *Manual de Organización Judicial*. Tirant Lo Blanch, 2008.
- Manso, Francisco. *Diccionario enciclopédico de estrategia empresarial*. Madrid: Díaz de Santos, 2003.
- Martín, Gustavo. “La relación entre la Ley de Competencia Desleal y la Ley de Defensa de la Competencia en Derecho español tras la trasposición de la Directiva 2014/104/UE y los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo”. *Revista Electrónica de Direito (Universidade do Porto)*, nº 1 (2017). ISSN-e 2182-9845.
- Massaguer, José. La acción de competencia desleal en el derecho español. *THEMIS: Revista de Derecho*, n.o 36 (1997)
- . *Comentario a la Ley de competencia desleal*, 1. ed. Madrid: Civitas, 1999.
- Narvaez Jose. *Derecho Mercantil Colombiano: parte general*. Bogotá: Legis, 1999.
- Navas, Susana. *Contrato de merchandising y propiedad intelectual, Colección de propiedad intelectual* (Madrid: Editorial Reus : Aisge, Artistas, Intérpretes, Sociedad de Gestión, 2001).
- Pabón, Camilo. "El “juez deferente” y el “juez integrador”: prejudicialidad en la aplicación del artículo 18 de la ley de competencia desleal", *Con-texto 0*, n.o 46 (22 de noviembre de 2017): 45-46, doi:10.18601/012364158.n46.03
- Perea, Alexis. 2018. “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”. *Con-Texto*, n.º 48 (abril). <https://doi.org/10.18601/01236458.n48.04>
- Perú Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal Nro. 1. *Resolución Nro. 074-2015/CDI-INDECOPI*, 05 de agosto de 2015
- . Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. *Resolución N° 001-2018-LIN-CCD/INDECOPI*, 26 de diciembre de 2018
- . Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. *Resolución Nro. 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI*, 05 de julio de 2001
- . Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. “Resolución”. *En expediente n° 108-217/SDC-INDECOPI*, 20 de abril de 2016

- .Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. *Resolución 0566-2005/TDC-INDECOPI*, 18 de mayo de 2005
- .Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. *Resolución 1203-2016/SPC-INDECOPI*, 22 de julio de 2016.
- . *Ley de Represión de la Competencia Desleal*. Diario Oficial 374793, 26 de junio de 2008
- Porfirio, Leopoldo. *La discriminación de consumidores como acto de competencia desleal*. Madrid: Marcial Pons, 2002.
- Pozo, Fabián. "Competencia desleal por violación de normas: su prueba y la necesidad de un pronunciamiento previo | Instituto de Investigaciones Jurídicas", 26 de junio de 2017, <https://blogcompetencia.usfq.edu.ec/competencia-desleal-violacion-normas/>.
- Rivera, Eric. *Crowdfunding: La eclosión de la financiación colectiva un cambio tecnológico, social y económico*, (Barcelona, edicionesqve, 2012), 16-17.
- Robles, Antonio. *Libre competencia y competencia desleal: examen del artículo 7 de la Ley de defensa de la competencia*. Las Rozas, Madrid: La Ley, 2001.
- Rodríguez, Miguel y Royo, Piñero. "La agenda reguladora de la economía colaborativa: aspectos laborales y de seguridad social". *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, (2017), 142-43.
- Rodríguez, Teresa. "El crowdfunding: una forma de financiación colectiva, colaborativa y participativa de proyectos", *Pensar en Derecho* n.o 364, (2013).
- Roggenkamp, Isabell. "What's Mine Is Yours, But por a Price: A model of fair pricing perceptions on willingness to engage in the collaborative economy-the case of Airbnb". Tesis de maestría, Copenhagen Business School, 2015. <https://studenttheses.cbs.dk/handle/10417/5672>.
- Ruiz, Jonatan. "Recomendaciones para la interpretación judicial de la buena fe comercial. Una aproximación desde las cláusulas generales en la decisiva de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC)". Tesis de maestría y doctorado, Universidad Pontificia Bolivariana, s. f.
- Salmon, Felix. "How well uberX pays, part 2", felix salmon, 8 de junio de 2014, <https://medium.com/@felixsalmon/how-well-uberx-pays-part-2-cbc948eaeaf>.

- Sánchez, Alonso. "Economía Colaborativa: un nuevo mercado para la economía social", *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa* n.o 88 (2016): 237.
- Santana, Camila y Leonardo Andrés. "En torno a la costumbre mercantil y los modelos económicos de los cluster", *Revista e-mercatoria*, 2015.
- Skok, Walter y Baker, Samantha. "Evaluating the impact of Uber on London's taxi service: A strategic review", *Knowledge and Process Management*, (2018).
- Slee, Tom . *Lo Tuyo es Mío: En contra de la economía colaborativa* (Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial, 2016)
- Smith, Adam. *La riqueza de las naciones: (libros I-II-III y selección de los libros IV y V)* (Madrid: Alianza, trad. Carlos Rodríguez Braun (Alianza Editorial, Madrid, 1999).
- Stone, Brad. *Lo que viene: Cómo Uber, Airbnb y las nuevas empresas de Silicon Valley están cambiando el mundo*, trad. Scheherezade Surià (Barcelona: Deusto S.A. Ediciones, 2018), 110-12.
- Tato Anxo, Pablo Fernández y Christian Herrera. *La reforma de la Ley de competencia desleal*, 1a ed (Las Rozas, Madrid , 2010)
- Trigo, Vicente. "Historia y evolución de Internet", *Manual formativo de ACTA* n.o 33 (2004): 4, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5098592&orden=1&info=link>.
- Uber Newsroom Ecuador, "La historia de Uber: Línea de tiempo de Uber", accedido 24 de agosto de 2018, <https://www.uber.com/es-EC/newsroom/history/>.
- Unión Europea Comisión Europea. *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*. 09 de diciembre de 1997 [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:31997Y1209\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:31997Y1209(01))
- . *Una Agenda Europea para la economía colaborativa*. 2 de junio de 2016, 3, COM(2016)
- . *Comité Económico y Social Europeo, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre "Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI*, 14 de febrero de 2014), num 3.14, 2014/C 177/01

- . Gran Sala Tribunal de Justicia Europeo, "Sentencia", *Asunto C-434/15*, 20 de diciembre de 2017. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=198047&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=334595>.
- . Parlamento Europeo y Consejo Europeo. *Directiva 2005/29/CE*, 11 de mayo de 2005. <https://www.boe.es/doue/2005/149/L00022-00039.pdf>.
- . Parlamento Europeo y Consejo Europeo. *Directiva 84/450/CEE*, 10 de septiembre de 1984. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31984L0450:Es:HTML>
- . Parlamento Europeo y Consejo Europeo. *Directiva 97/55/CE*, 10 octubre de 1997. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:31997L0055&from=ES>.
- Valencia, Darío. "Teoría económica y formación del Estado nación: mercantilistas y liberalistas", *Ecos de Economía Nro.32*, (2011)
- Vives, Fernando. "Seguridad Jurídica y Desarrollo Económico", <https://www.fef.es>, s. f., accedido 9 de abril de 2019.
- Washington Post, "Uber's Remarkable Growth Could End the Era of Poorly Paid Cab Drivers", Washington Post, accedido 4 de enero de 2019, <https://www.washingtonpost.com/news/innovations/wp/2014/05/27/ubers-remarkable-growth-could-end-the-era-of-poorly-paid-cab-drivers/>.