

MERCADO DE PLATAFORMAS: LA COMPETENCIA DESLEAL EN LA ERA DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA

Platform market: unfair competition in the age of the collaborative economy

FERNANDO BAJAÑA TOVAR¹PAÚL GONZÁLEZ MORÁN²

Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ecuador

Resumen

Las modernas dinámicas de mercado han optado por incorporar dentro de la noción de Economía Colaborativa aquellas prácticas con fines de lucro que son ejercidas de forma sofisticada, a través de las denominadas tecnologías de la información y comunicación. Esta situación, discurre con la intención inicial con que surgió el consumo colaborativo, génesis de la economía cooperativista. La situación descrita surge a modo de enmascarar las relaciones comerciales que subyacen detrás de las plataformas digitales, con el ánimo de liberar el cumplimiento de las cargas legislativas que se imponen en el curso normal de actividades mercantiles. Esta liberación injustificada de cargas normativas tiene como antecedente una búsqueda histórica del sistema capitalista por eludir los gravámenes engorrosos, todo lo cual traduce en los operadores económicos, un abaratamiento desleal de costos regulativos dentro de sus procesos mercantiles. Lo expuesto, con el ánimo de hallar un desplazamiento ilícito de la demanda en su favor y conseguir altos índices de maximización de utilidades. En ese contexto, el presente ensayo procurará pasar revista a las modalidades utilizadas a lo largo del tiempo para eludir costes, hasta llegar al enmascaramiento en las formas propias de la economía colaborativa, con una especial revisión de estas nuevas prácticas mercantiles y su eventual encuadre en conductas de competencia desleal, a la luz de la normativa ecuatoriana que regula las actividades de mercado, particularmente, respecto a la cláusula específica de no violación de normas.

Palabras clave

Economía Colaborativa, Competencia desleal, Plataformas digitales, Modelos C2C, Modelos B2C, Violación de Normas, Regulación.

Abstract

Modern market dynamics have decided to incorporate into the notion of collaborative economy those practices for profit exercised by professionals, through the so called information and communication technologies. This situation differs from the initial intention with which the collaborative consumption, the genesis of the cooperative economy, arose. The situation described arises as a means of masking the commercial relationships behind the digital platforms, with the aim of freeing the fulfillment of the legislative burdens that are imposed in the normal course of commercial activities. This unjustified release of normative burdens has as its antecedent an historical search by the capitalist system to evade cumbersome taxes; all of which translates into

¹ Abogado por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, asesor constitucional.

Correo electrónico: fernando.bajana@cce.gob.ec

² Abogado por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Asistente de Terrenos de la Dirección de Terrenos del Municipio de Guayaquil. Correo electrónico: paugonam@guayaquil.gov.ec



economic operators as an unfair lowering of regulatory costs within their business processes, with the aim of finding an illegal displacement of demand in their favor and achieving high rates of profit maximization. In this context, this essay will seek to review the ways that have been used over time to avoid costs, ending with masking the methods of the collaborative economy, with a special review of these new business practices and their possible framing in unfair competition conduct, in the light of Ecuadorian legislation, particularly with regard to the specific clause of non-violation of rules.

Keywords

Collaborative Economy, Unfair Competition, Digital Platforms, C2C Models, B2C Models, Violation of Standards, Regulation.

1. El escape de las cargas: el bucle elusivo del sistema capitalista

Durante mucho tiempo se estableció, casi de modo inconcuso y uniforme, que el capitalismo era un sistema económico. No obstante, desde hacía ya algunos años, dicha tesis fue sometida a discusión, toda vez que a aquel se le atribuyó ser, a más de económico, un sistema social. Para tratar de explicar lo anterior, se parte de la idea de que la economía es una manifestación de las relaciones sociales, y, como tal, no puede realizarse un estudio aislado de ambos fenómenos, por cuanto depende el uno del otro, de modo directo. De esa manera, el capitalismo termina por ser un sistema adaptativo que se ajusta y muta, de conformidad con factores propios de un entorno cambiante, que responde a la evolución de las sociedades.

A más de la consideración propuesta, es necesario destacar que el capitalismo no siempre utiliza los mismos modelos para procurar su cometido teleológico, cual fuere la generación de riquezas. En ese sentido, se advierte una constante refundación en sus modelos de funcionamiento utilizados. Empero, cabe destacar que las transformaciones no responden a un ánimo caprichoso y antojadizo, sino más bien, están impulsadas por la búsqueda de escenarios que impliquen el menor grado de intervención, ordenación y control, a so pretexto de una autorregulación, propia del sistema, que procure la maximización del desarrollo económico.

Contrastado con la realidad, la experiencia determina que desde la génesis de la industrialización se ha visualizado que el sistema capitalista, lejos de poseer la mentada capacidad homeostática, adolece de medidas correctivas para equilibrar y propiciar el desarrollo equitativo de todos sus actores. De ese modo, ante la asimetría en la división del poder y las prebendas conferidas a los detentores de los medios productivos, surgieron corrientes escépticas respecto de la corrección de un sistema que, pese a depender de la sociedad, no la trataba con justeza y la excluía del centro de su enfoque. En tal virtud, el capitalismo de los libres mercados fue desplazado por la intervención del Estado, con la finalidad de propiciar un sistema encaminado a mitigar los desajustes y perjuicios ocasionados a los actores de minusvalía económica, quienes ocupan un lugar desfavorecido en la estructura social: los trabajadores. A raíz de ello se reconoció un sinnúmero de derechos en favor de estos últimos, con el ánimo de alcanzar sociedades más cohesionadas.

Sin embargo, no debe de obviarse que la multiplicidad de derechos reconocidos a los operarios, surgieron como una imposición, a modo de remedio paliativo, de las fracturas generadas por la lógica capitalista en el colectivo social. Esta situación descrita es un dato no menor, si se toma en cuenta que, desde la óptica de la actividad productiva, las medidas sociales reconocidas se traducen como una serie de costos y cargas que amenazan el afán de obtener rentabilidades elevadas y la multiplicación del capital. En resumidas cuentas, lo que se trata de resaltar es el hecho de que el cariz pseudo antropocéntrico adoptado por los sistemas capitalistas, no es consecuencia

de un acto volitivo propio, si se permite la prosopopeya, sino que es ocasionado por factores exógenos que, de poderse, serían resistidos por los intereses productivos.

Muestra de lo antedicho es que, ante los gravámenes impuestos por el quehacer político, y, tomando como excusa la crisis a que se sometieron algunas sociedades petróleo-dependientes, desde Washington surgieron ciertas recetas que pretendían devolver la hegemonía de los intereses capitalistas, bajo el escudo de superar las dificultades acaecidas. De esa manera, múltiples fueron las voces empresariales que formaron parte del coro que propugnaba la flexibilidad laboral, cuyo cometido fue lograr normas laborales fácilmente adaptables a las condiciones fenomenológicas. El resultado de estas medidas, cual no fuere otro de esperar, significó una rebaja profunda en las condiciones de los trabajadores, circunstancia que contrastaba con la promesa de recuperar los índices de empleabilidad.

En el orden de ideas propuesto, se refuerza la noción planteada de que el capitalismo constantemente dirige esfuerzos por adoptar modos aptos para reducir, si es que no eliminar, muchas de las obligaciones que se derivan de las relaciones empleador-operario y empresa-sociedad. Por tal motivo, es común situarse ante diversas fórmulas que utilizan las empresas para, por una parte, i) evadir la tutela del Derecho de Trabajo, procurando encuadrar sus relaciones en las esferas civil o mercantil, con la intención de no tener que incurrir en aprovisionamiento de seguros por accidentes, pagos de seguridad social, retribución de utilidades, entre otros; y, con ello, ii) evitar hábilmente imposiciones que otros competidores deban acatar, obteniendo así, cierta ventaja en el mercado. Armida y Hernández (2002) estudian el primero de los fenómenos denunciados resaltando la proliferación de modalidades como la subcontratación, tercerización, empresas “proveedoras” de trabajadores, creación de empresas unipersonales, entre otras.

Empero, aunque las aludidas manifestaciones empresariales ya han sido estudiadas ampliamente bajo el rotulo de Huida del Derecho de Trabajo, no se ha podido establecer un freno total a los yerros cometidos, por cuanto, al igual que lo dicho en líneas anteriores respecto del sistema capitalista, las formas de trabajo evolucionan constantemente en función de diversos factores. El dinamismo referido se puede apreciar con la irrupción de las tecnologías de la información y comunicación, con el cual, el sistema capitalista evidenció una nueva forma de retomar la domesticación del control político. Y es que, a través de las nuevas tecnologías surgidas, el capital puede mantenerse siempre conectado y trasladarse libremente, de modo tal que se desconecta de los territorios molestos, en términos obligacionales. En ese estadio propuesto, se visualiza un sistema capaz de desbordar las fronteras nacionales y conseguir situarse donde las cargas y costos en que incurra sea más baja y transformar las relaciones laborales.

2. Capitalismo de plataformas austeras: el eslabón oculto en la evolución del consumo hacia la economía colaborativa

La crisis financiera mundial sufrida entre los años 2008 y 2011 supuso un impacto fuerte en diversas aristas de la economía global, a tal punto que se estuvo ante un escenario donde los mercados se volvieron inestables, se desplomaron los índices de empleo, los ingresos individuales se volvieron incipientes, la capacidad adquisitiva se redujo, entre otros. Sobrevino, entonces, una tendencia generalizada de calmar el desenfreno consumista aupado, en gran medida, por los postulados del *American Dream*. De esa forma, se migró hacia una sociedad más cautelosa en sus gastos; se volvió hacia las raíces y se halló en el cooperativismo una solución eficaz para hallar el desarrollo colectivo.

Fue en ese contexto, y, tras la publicación del libro *What's mine is yours: The rise of Collaborative Consumption* (léase Lo que es mío es tuyo: el desarrollo del consumo colaborativo) (Botsman and Rogers, 2011), que el consumo compartido fue posicionándose en el imaginario social. Este modelo parte de la premisa de que en la sociedad existen bienes infrautilizados por

sus propietarios, quienes podrían compartirlos con otros individuos que tengan la necesidad de utilizarlos, y, por el hecho de usarlos conjuntamente, puedan compartir sus gastos. Con ello, existiría un especial énfasis en el acceso a los bienes, antes que, en su propiedad, todo lo cual reportaría mayores beneficios, si se toma como referencia el individualismo al que la escuela hiperconsumista conduce. En síntesis, el consumo colaborativo podría resumirse bajo la fórmula: “compartir es ahorrar”.

De allí en más, del desarrollo teórico hacia el plano fáctico, el consumo colaborativo presenta diversas modalidades en las que se puede materializar su desarrollo. En tal sentido, aunque es posible que a la fecha en que se leen estas líneas se esté produciendo la eclosión de nuevos sistemas, se considera que los más representativos son; a saber, i) sistemas basados en productos; ii) mercados de redistribución; y, iii) aquellos que implican estilos de vida cooperativos. El sistema basado en productos implica la utilización de bienes por el pago de un valor determinado, sin que ello implique, necesariamente, su adquisición. El origen de este sistema se le atribuye a Brian Chesky, quien, según cuenta la anécdota, luego de constatar que en Estados Unidos existían ochenta millones de taladros con un uso promedio de 13 minutos, se cuestionara si realmente era necesario adquirir la propiedad de ciertos bienes, en lugar de pagar por su uso, cada vez que fuese necesario (Miranda Serrano, 2017). Luego, los mercados de redistribución, o, también conocidos con el rótulo de economía de regalo, funcionan bajo la reasignación de bienes, en función de su utilidad; así, un bien puede pasar de alguien que no lo necesita, a manos de otro a quien le hace falta, sin acordar contraprestaciones inmediatas o futuras. Finalmente, los estilos de vida colaborativos rompen con la idea de intercambio de objetos materiales; en este estilo, las personas se unen para compartir e intercambiar tiempo, espacio, habilidades, entre otros bienes intangibles.

Aunado a los beneficios económicos y el influjo de una sociedad altruista y responsable, la incorporación y desarrollo de tecnologías ha permitido el crecimiento del consumo colaborativo. En ese sentido, las tecnologías de la información y comunicación coadyuvieron a ampliar el radio de impacto de las células colaborativas. En tal virtud, se hizo posible pasar de un esquema celular, compuestos por miembros familiares; compañeros de trabajo y amigos, hacia una comunidad amplia, llámese, comunidad digital. Lo dicho es susceptible de comprobación si se advierte que las tecnologías móviles son un factor preponderante para conectar a personas con intereses comunes, con lo cual se vuelve más fácil la locación de productos y bienes tangibles.

De lo hasta aquí dicho, es posible desprender que la aparición del consumo colaborativo revistió una real amenaza para los intereses de aquella sociedad hiperconsumista, caracterizada por altos índices de producción y de consumo. No obstante, en una suerte de movimiento fodista, el capitalismo convirtió aquella situación negativa en una herramienta a su favor. Tal es así que dio inicio a una serie de operaciones de mercado, con evidentes finalidades lucrativas, bajo las mismas modalidades adoptadas por el consumo colaborativo. Sucedió, entonces, que algunas organizaciones comerciales, seducidas por el abaratamiento de los costos de transacción, decidieron aprovechar los avances tecnológicos, mediante el ofertamiento de bienes y servicios a través de plataformas digitales.

A partir de allí, la noción de consumo colaborativo fue perdiendo su peso, toda vez que a aquel le fueron añadidas actividades que escapan a un concepto estricto de consumo, y, más aún, de colaboración. Así entonces, el consumo colaborativo fue desplazado por una idea de “economía colaborativa”, lo cual lejos de ser una mera novación terminológica, implicó un verdadero cambio de paradigma. Sobre esto último, el nuevo enfoque propuesto no solo atañe a actividades sin ánimo de lucro, tal como sucede en el caso del consumo

colaborativo, sino que, además, incluye a aquellas que se efectúan con evidentes fines lucrativos. Otra de las diferencias sustanciales entre ambos sistemas gira en torno a los elementos subjetivos que lo conforman. En tal sentido, el primero de los sistemas estudiados está compuesto únicamente por particulares, a quienes les corresponde la oferta, demanda y consumo de los bienes y servicios que en dicho esquema circulan (modelo *consumer to consumer*). Contrasta con ello lo que sucede en la economía colaborativa, donde todas las operaciones cuentan con, a lo menos, un prestador profesional o empresario dedicado habitualmente al negocio, de tal suerte que es factible hallar operaciones entre: i) un profesional y un consumidor (*business to consumer*); o, ii) un empresario o profesional y otro empresario o profesional (*business to business*).

No obstante, pese a la fragancia con que se trastoca la idea primigenia de distribución e intercambio por y para la sociedad, existe una corriente que tiende a denominar, de manera común, a ambos modelos. A tales efectos, el quid de esta tesis adoptada radica no en la fijación del ánimo colaborativo del modelo, sino más bien, en la utilización de plataformas colaborativas, léase tecnologías digitales que permiten el desenvolvimiento de operaciones económicas. En ese contexto, se ha ido generalizando que las economías colaborativas dependen de la yuxtaposición del supuesto de innovación disruptiva, según el cual una empresa ingresa de modo violento en el mercado, a tal punto que transforma los métodos de competencia y de hacer negocios (Ruiz Martín, 2017). Respecto de esta resolución tecnoligadora, existe cierto sector de la doctrina que muestra resistencia, pues, consideran que subyacen detrás de ella, intereses fraudulentos para desregular sus acciones, reducir el nivel de cumplimiento de exigencias duras y, nuevamente, maximizar sus utilidades.

Encarna la preocupación enunciada anteriormente, los casos en que las plataformas digitales dejan de ser un instrumento de intermediación entre los oferentes y demandantes, para erigirse como el servidor u oferente subyacente. Estas herramientas han sido denominadas por Srnicek (2017) como “plataformas austeras”, puesto que su arquitectura principal parte de la ausencia o baja inversión de activos. Estas plataformas, bajo la cubierta de revolucionar la forma de hacer negocio, se comercializan como escenarios neutrales o “cáscaras vacías” que ejercen de un servicio de la sociedad de la información. Empero, en la práctica, se trata de compañías tradicionales que se valen de la internet y sus recursos digitales para subcontratar la mayor cantidad de activos fijos que puedan tercerizar y, de ese modo, prestar un servicio u ofrecer bienes a los consumidores. Entonces, lógicamente se puede deducir que las plataformas austeras son capaces de competir mucho más favorablemente en el mercado con otras empresas que deben asumir las cargas impositivas y laborales legislativas.

3. El *sharewashing* de las plataformas austeras y la necesidad de ser reguladas

Sin lugar a dudas, las plataformas austeras son un boom con el cual nos encontramos familiarizados, y esto, producto de la fantasía empresarial que graficara Supiot (2007) de crear una industria sin fábricas, en la cual la propiedad de una marca, patente o cualquier otro signo similar, estaría exenta de fabricar cosas o emplear hombres. En tal contexto, no es de extrañar que las plataformas austeras vendan la idea de autonomía y trabajo independiente como un factor que permite la flexibilidad personal, en lo referente a horarios, lugar de desempeño de actividades, servicios que se prestan, entre otros. Dicha estrategia fraudulenta, a más de ser una medida para desregular relaciones laborales, asegura la explotación de un capital fijo que no es de propiedad de las plataformas, para proveer productos-servicios y obtener ganancias. Tal es el caso de las conocidas aplicaciones Uber, Glovo, Airbnb, Deliveroo, Rappi, entre otros, donde las bicicletas, autos, casas, conocimientos y productos, en general, no son suyos, ni

tampoco pertenecen a la empresa; idéntica situación suscitada con los empleados o personas que pedalean, conducen, mantienen o proveen información o cualquier servicio.

Vistas así las cosas, se evidencia cómo el capitalismo muestra una aptitud para adoptar un aparente *sharewashing*, con la finalidad de encubrir, con tintes progresistas, la explotación de la propiedad privada ajena, oculta en sus entrañas. En ese sentido, actividades comerciales habituales como vender, alquilar, comprar, y demás, se transforman, o al menos eso se pretende, en compartir. Incluso, debajo de esa capa se encuentra, como siempre, la apropiación del trabajo ajeno como fuente de ganancias. En ese orden de ideas, este capitalismo de plataformas y los fenómenos que se desarrollan a su interna son objeto de interés del Derecho, pues, tienen consecuencias jurídicamente relevantes.

Desde la perspectiva regulatoria, tal como lo señalara Domenech (2015), el fenómeno del capitalismo de plataformas genera amplia incertidumbre en variados aspectos. Lo anterior se da justamente porque se trata de una zona gris que no se ajusta a los parámetros clásicos de las instituciones concebidas por el Derecho. En tal virtud, el aumento de las actividades realizadas en el sector de la industria de las nuevas tecnologías, bajo la aparente categoría de servicios de intermediación digital, propios de la sociedad de la información, implica la posibilidad de que los actos de esencia mercantil que en ella se desarrollan, sean disciplinados por las normas del comercio electrónico, que optan por la liberalización de dichas actividades. Consecuentemente, se corre el riesgo de que estas nuevas empresas capitalistas sigan gozando de exenciones injustificadas del cumplimiento de los requisitos, que la normativa especializada en el campo del giro del negocio al que se dedican exige a otras empresas con las que compiten.

Adicionalmente, existe una especial preocupación por regular el supuesto trabajo autónomo que se sostiene y se realiza en estas plataformas digitales, puesto que, tal como denunciara Degryse (2016), aquello supone una amenaza de pérdida masiva de plazas laborales, desregulación de mercados, desfinanciamiento de la seguridad social y erosión de la base impositiva. Parte de esta preocupación ha sido expresada por Subirats (2011), al afirmar:

[...] interactuando a través de esas plataformas con múltiples servicios, estamos descartando intermediarios que antes se ocupaban de gestionar nuestras demandas y que ahora, al verse desbordados por dinámicas digitales que los hacen prescindibles, se ven obligados a despedir empleados o directamente a cerrar sus puertas.

La misma línea argumentativa sigue Todolí (2017), quien sentencia:

Las personas que transportan alimentos, las que conducen, las que limpian los apartamentos y los mantienen o las que realizan servicios son “emprendedores autónomos”; por lo tanto, no son aparentemente trabajadores por cuenta ajena –cuando de hecho sí lo son.

Con los argumentos expuestos se intuye que las repercusiones de este tipo de plataformas demuestran que el capitalismo, lejos de haber evolucionado a un sistema cooperativista por medio de las tecnologías comunicación y aplicaciones denominadas colaborativas mantiene vigente su búsqueda incesante de maximización de ganancias. Ello disiente con cualquier posibilidad de transformación hacia la ayuda y cooperación, toda vez que se mantiene la explotación y diferenciación social.

Solo entonces es evidente la necesidad de regular la economía colaborativa, pues, en ella se ejecutan ciertas actividades propias del ámbito mercantil que no comparten un mismo *level playing field*, en relación a aquellas que se ejecutan en los sectores tradicionales del mercado, lo cual, a la larga, terminaría siendo una puerta abierta a situaciones de competencia desleal. Aún

más, no confeccionar un marco regulatorio a estas innovadoras modalidades de hacer negocios, podría conllevar a dar riendas a una extralimitación en las atribuciones de la autonomía que le corresponde a los agentes que interactúan en el referido sistema. Aquello implicaría: i) el riesgo de que las empresas e intereses capitalistas impongan sus condiciones en franco abuso y desmedro de las partes frágiles; ii) la subsunción en un escenario de inseguridad jurídica frente a potenciales controversias originadas; iii) la posibilidad de generar escenarios diversos y fallos disidentes, dada la falta de normativa clara al respecto.

4. Del ámbito regulatorio de la competencia desleal

Una de las consecuencias de la tardía regulación y sanción de los actos de competencia desleal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, fue la adopción directa de un estándar de protección de mercado, con estilo institucional o social. La situación descrita implica que, a diferencia de lo que se suscita en otros Estados, con marcos regulatorios inspirados en estándares paleoliberales y profesionales, la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (LORCyPM), en lo tocante a la competencia desleal, no persigue de modo exclusivo la tutela de los derechos de propiedad (corpóreos e incorpóreos) de los comerciantes y/o profesionales, sino que más bien procura alcanzar la estabilidad del mercado, observado como una institución económica *per se*, donde confluyen distintos operadores, elementos y procesos³. (Perea Sánchez, 2017, p.38)

De este modo, la adopción de un estándar institucional ha significado, en el campo fenomenológico, una mutación de las clásicas perspectivas empleadas para el abordaje de la deslealtad concurrencial. En efecto, el *scope* subjetivo de la LORyCPM no está dirigido de forma privativa a un grupo de operadores económicos que han sido calificados, previamente por legislaciones mercantiles, bajo alguna categoría particular, como la de “comerciante”, “empresario” o “profesional”. Más bien, en superación de esto, el ámbito subjetivo de la norma ecuatoriana inaugura un espectro amplísimo de regulación, influenciado por criterios de eficiencia económica, de ahí que no reproduzca las típicas distinciones justificadas en el origen del operador económico (privado, público o mixto); la finalidad declarada (lucrativa o no lucrativa); el domicilio (nacional o extranjero); o, la naturaleza civil (natural o jurídica).

Lo dicho ha quedado en evidencia del propio texto del artículo 2 de la LORyCPM; donde se señala:

Art. 2.- Ámbito.- Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdo produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional. (...)

Esta misma amplitud eficientista ha sido luego ratificada por el ámbito objetivo de la Ley; en fin, la estructuración de los tipos conductuales de deslealtad competitiva no se circunscribe a segmentos específicos del Derecho o el mercado; a contrariedad de lo históricamente acaecido con otras normas de competencia, como el caso de la Decisión No. 486 de la Comunidad Andina (CAN), cuyo Título XVI, limitaba su marco regulatorio a los actos

³ Para la mejor comprensión de lo que debe entenderse por un estándar de protección institucional en el ámbito de las legislaciones modernas, ver Miranda Serrano (2017, p. 206) “*La Ley de Competencia Desleal, [...] insta a instaurar en nuestro Derecho el que ha dado en llamarse y reconocerse como modelo social o institucional de la deslealtad concurrencial, tiene una clara finalidad u orientación institucional, en el sentido de que merced a ella al Derecho de la competencia desleal viene a corresponderle una finalidad de protección institucional de la competencia consistente en garantizar un funcionamiento libre y no falseado del orden concurrencial en interés de la colectividad y de todos los sujetos que participan en el mercado*”.

de competencia desleal relativos en la propiedad industrial. En lugar de esto, la LORyCPM ha optado en su artículo 25 por cimentar el ámbito objetivo de su actividad regulatoria por medio una fórmula bastante sencilla: “*todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas [...]*”.⁴

Ahora bien, analizada la arquitectura genérica del marco legal que castiga las prácticas mercantiles desleales, resulta adecuado averiguar el grado de pertinencia que guarda esta con respecto al fenómeno de las plataformas de Economía Colaborativa. En este sentido, tal como se ha expuesto previamente, dentro de la noción de Economía Colaborativa es viable encontrar dos interpretaciones distintas, o más bien dos interpretaciones fenomenológicas; una que podría ser llamada amplia o impropia, y otra a la que se podría denominar cerrada o estricta, diferenciándose una de otra, en cuanto la amplitud que tengan para cobijar distintos niveles de producción y circulación (C2C, B2C, P2P, B2B, etc.).

Así en un esquema propio de colaborativismo económico, serán tres los sujetos que intervendrán en la operación económica: (i) el consumidor adquirente, (ii) el consumidor transferente, y (iii) la persona natural o jurídica propietaria o administradora de la plataforma digital, quien representará una especie de *alter ego* del mercado físico. Por otro lado, bajo un esquema impropio, si bien existe una identidad nominativa de sujetos en relación con el modelaje propio, en este caso, la persona que dirige la aplicación digital, además de fungir como medio virtual para el acto de intercambio (*alter ego* de medio concurrencial), ostenta cierto grado de preponderancia sobre ambos o alguno de los otros dos sujetos, en particular sobre el oferente como se verá luego. (Leñena Mendizába, 2018, p.295)

Bajo este contexto, resulta pertinente analizar la procedencia y la forma en la cual, los sujetos inmersos en los esquemas de Economía Colaborativa se ven inmersos en el campo regulatorio de la LORyCPM. A propósito de esto, un método que ha demostrado eficiencia para comprobar si los sujetos inmersos en los roles de la economía colaborativa pueden eventualmente ser alcanzados por el ámbito de aplicación del Derecho corrector de la competencia desleal, es identificable en el test estándar que ha venido utilizando la Comisión Europea. Dicho test parte desde la idea de que en las reglamentaciones modernas el legislador, al introducir una redacción elástica para la descripción del ámbito subjetivo de la norma, lo que ha perseguido es instaurar la posibilidad de captar a cualquier sujeto inmerso en dinámicas de mercado, valiéndose para esto de una conversión subjetiva de la categoría de “operación económica”, a la noción de “operador económico”. De este modo, al verse expuesto casi cualquier sujeto a los procesos de circulación y cambio de bienes materiales, que son los que definen a la concepción de “operación económica”, y por tanto, a su versión subjetiva de “operador económico”, lo que realmente importa para la determinación de un ilícito concurrencial, es la averiguación de una serie de propiedades relevantes que justifiquen la intervención estatal, proponiéndose como dichas propiedades a las variables de lucro, frecuencia y volumen de participación. (Ruíz Martín, 2017, p. 375)

De esta manera, el establecer la frecuencia con la que un operador reproduce actos de comercio⁵, brinda un importante indicio a la hora de calificar dicha operación como relevante para el Derecho sancionador de la competencia desleal; en fin, parece obvio que un sujeto que interviene en dinámicas de cambio y circulación de manera esporádica, sea menos propenso de

⁴ Esta enunciación de los “hechos” como posibles objetos de control y sanción, provoca que la LORyCPM se desentienda de cualquier tipo de calificación volitiva o de juicio clásico de imputación, en la medida de que diferentemente a lo que pasa con el concepto de “acto jurídico” ampliamente relacionada con un movimiento consciente del hombre, el Derecho históricamente ha calificado como “hecho” a aquellos acontecimientos que se suscitan en la realidad vital con prescindencia del deseo del hombre.

⁵ Entiendo por acto de comercio una noción amplia de actividades económicas con finalidad lucrativa, diferente a la lógica definitoria del artículo 3 del antiguo Código de Comercio (CCo)

tener algún interés para falsear el mercado; sobre todo, si se lo compara con el eventual interés y provecho que obtendría un operador que ejecute dichas operaciones de forma continua o sucesiva y con un carácter profesional o empresarial.⁶

Si además de la frecuencia de las transacciones se revela la existencia de un fin de lucro por parte del operador, sea que dicho fin sea público, sea latente u oculto⁷, sostener su aptitud de sujeto cobijado por el *scope* de la LORyCPM parece menos descabellado. No obstante, sobre este último punto hay que guardar suficiente prudencia a la hora de estudiar el umbral de lucro; no siendo suficiente para esto, la calificación que una ley o cualquier acto normativo general le otorgue a un operador económico concreto (Ej. Fundaciones y corporaciones). De ahí que antes que una revisión de la calificación nominal que jurídicamente se le ha otorgado a ese operador en el mercado, lo realmente recomendable será la realización de un estudio profundo sobre las dinámicas de precio o costos de los operadores mercantiles. Así, se podrá concluir que un sujeto que entregue un bien o servicio a cambio de una compensación de los costos de producción y de transacción, claramente carece de una finalidad lucrativa. Por otro lado, un sujeto que además de la compensación de los costos de producción y transacción, procure para sí un margen de ganancia, estaría persiguiendo lucro; salvo que dicho margen de ganancia tuviese como objetivo la ejecución actos de beneficencia o asistencia social; o, el aseguramiento de la cadena productiva. (Miranda Serrano, 2017, p. 235-236)

Para concluir, la medición del volumen o escala del emprendimiento, así como su puesta en escena, clausura la arquitectura de este sistema de identificación de conductas relevantes. Pero tal como sucedía con la variable del lucro, se recomienda hacer ciertas salvedades. Así, pues, se debe abandonar la clásica noción que equipara volumen de negocio con ingresos brutos o renta, toda vez que, el reporte de un ingreso o acrecimiento patrimonial alto no siempre será un síntoma que nos permita diagnosticar un negocio de gran escala o volumen. Por citar un ejemplo, no se podrá afirmar respecto de una persona que haya ganado en un período económico, la cantidad de doce mil dólares por haber vendido el anillo de oro que heredó de su abuela, que ha alcanzado un volumen de negocio idéntico al de otra persona, que obtuvo la misma cantidad de dinero, vendiendo dos mil cuatrocientas postales con imágenes turísticas a cinco dólares cada una; toda vez que, mientras que la primera persona ha tenido una progresión mercantil casi nula (solo vendió un objeto), en el segundo caso la masificación del producto ha sido más obvia. De ahí que no siempre será importante para la calificación del volumen de un negocio, el precio unitario de los productos que circulan y la cantidad de dinero que ha ingresado en el haber patrimonial de una persona en un tiempo específico; siendo más preciso observar una variable de tráfico masivo de bienes. Esta precisión resultará trascendente para el entendimiento de las dinámicas económicas que se revisarán más adelante.⁸

⁶ En otros términos: “[...]cuanta mayor sea la frecuencia con la que un sujeto presta determinados servicios, más probabilidad existe de que esté actuando en condición de empresario o profesional, esto es, con una finalidad relacionada con su actividad económica, comercial, industrial o profesional.” (Miranda Serrano, 2017, p.235)

⁷ Revisar principio de primacía de la realidad, LORyCPM: “Art. 3.- Primacía de la realidad. - Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos. La costumbre o la costumbre mercantil no podrán ser invocadas o aplicadas para exonerar o eximir las conductas contrarias a esta Ley o la responsabilidad del operador económico.”

⁸ “Por último, el nivel de volumen de negocio generado por el prestador de servicios, toda vez que cuanto más alto sea dicho volumen (con independencia de que provenga sólo de una plataforma colaborativa o de varias) más indicios existen de que el prestador reúne las condiciones necesarias para entender que actúa de forma empresarial o profesional. En relación con este extremo la Comunicación insiste en la importancia de evaluar si el nivel de volumen de negocio generado por el prestador deriva de una misma actividad (por ejemplo, del uso compartido de vehículos) o de varias actividades diferentes (uso compartido de vehículos, jardinería, etc.). Y es que, como es natural, en el segundo caso un volumen de negocio elevado puede no implicar inexorablemente que el prestador del servicio cumple las exigencias para entender que actúa empresarial o profesionalmente en el ámbito de la economía colaborativa”. (Miranda Serrano, 2017, p. 235)

5. Economía colaborativa y competencia desleal

De un modo más específico, a la hora de calificar conductas de competencia desleal dentro de la Economía Colaborativa, lo propio será indagar el rol o calidad con la que actúa cada uno de los individuos involucrados en la dinámica transaccional: **(i)** sujeto plataforma, **(ii)** demandante o **(iii)** oferente.

Previo a analizar el papel que juegan cada uno de los sujetos enunciados, en lo referente al sujeto plataforma, es de suma importancia reconocer y superar el sesgo objetivista que muy patente en el común pensar de las personas en lo que respecta a este. De este modo, es necesario entender que a pesar de que el sujeto plataforma exhibe una aparente cosificación, al punto de ser reconocido ordinariamente como una mera aplicación o página digital (Glovo, Uber, etc.); ese engranaje de códigos y algoritmos informáticos esconde un sujeto racional⁹ encargado de diseñar y poner en funcionamiento cada una de las operaciones comerciales que permitirán la conexión mercantil entre los otros sujetos (oferta y demanda). No obstante, las implicaciones económicas y responsabilidad jurídicas del sujeto plataforma diferirán según el modelo colaborativo en el que se desenvuelva.

Así, en el caso específico de los modelos colaborativos propios o estrictos (*consumer to consumer*, C2C), el sujeto que sirve como *alter ego* del mercado físico no obedece a características constitutivas de sistemas capitalistas liberales o neoliberales, a saber: **(i)** carecen de fines especulativos evidentes, **(ii)** la propiedad de la plataforma es difusa, **(iii)** la administración del medio no se circunscribe a un sector específico del mercado, **(iv)** los participantes están exentos de roles de producción y consumo definidos o rígidos, etc. Por tanto, en lo que refiere a este modelo, resulta más preciso hablar de un aparataje post capitalista, en el cual, si bien se conservan principios como los de propiedad privada y de libre iniciativa, entran en juego una serie de innovadores conceptos que forman parte del debate económico actual, tales como, la necesidad de una producción limitada y sustentable, y el consumo racional.

Con todo, el sujeto-plataforma en los esquemas C2C se manifestará a través de dos arquitecturas distintas, en cuanto, su dominio y/o administración sea o no independiente de los consumidores que concurren en dicha plataforma. Entonces, puede darse una situación en la que dentro del vínculo comercial recreado entre el sujeto oferente (C_o) y el sujeto demandante (C_d), intermedie una plataforma virtual (W_m), cuya administración y propiedad no le corresponda a ninguno de los partícipes, o a algún sujeto colectivo (comunidad, asociación, cooperativa, etc.), del cual aquellos sean suscriptores. Por otro lado, podría darse el caso de que la plataforma le pertenezca a un conjunto de consumidores interesados en intercambiar la propiedad o el uso de bienes o servicios que se encuentran en su posesión o disposición. De darse este último escenario, la individualización de cada uno de los participantes se complicaría, reproduciéndose el arquetipo más difuso de roles que expone la Economía Colaborativa, puesto que todos los partícipes ocuparán, en mayor o menor medida, las calidades antes vistas (C_o , C_d , y W_m).

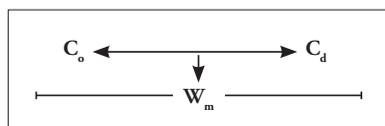


Figura 1. Modelo C2C clásico donde el intercambio de bienes o servicios entre un particular consumidor “ C_o ” y un particular demandante “ C_d ” se efectúa sobre un medio de concurrencia digital que oferta un sujeto-plataforma “ W_m ”. Como se observa la plataforma no influye de ninguna forma en la contratación y términos de la operación, limitándose a beneficiarse de una compensación por costos o comisión.

⁹ Puede darse que el sujeto racional responda sea una persona natural o jurídica, individual o colectiva, con o sin fin lucro.

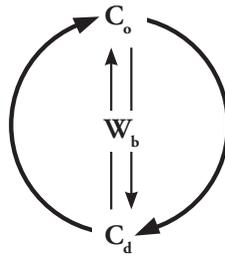


Figura 2. Modelo C2C comunitario donde los propios oferentes “ C_o ” y adquirentes “ C_d ” son titulares del dominio y la administración de la plataforma “ W_b ”; y, por tanto, de diseñar la estructura mercantil digital.

Sin embargo, como antes se mencionó, lo realmente relevante para determinar el encuadre del sujeto-plataforma en el ámbito subjetivo del espectro regulatorio de la deslealtad concurrencial, solo se verificará en la medida en que se escrute de qué forma se presenta su interacción con las variables de frecuencia, volumen y lucro.

Ante esto, la distinción operativa con la que Miranda Serrano (2017) aborda el problema de la economía de plataformas digitales se muestra con suficiente acierto. Para este autor, en la relación entre el sujeto-plataforma y los consumidores, se advierten dos posibilidades:

a) que la plataforma actúe como un servicio de la sociedad de la información, ejerciendo una pura función de intermediación digital entre los oferentes o prestadores de servicios y los demandantes o usuarios — pudiendo asumir también algún servicio accesorio como el relativo al cobro o el seguro—; o b) que la plataforma preste el servicio subyacente — turístico, de transporte o de otra índole—, en cuyo caso es obvio que su papel excede de la pura intermediación digital (...). (p.213)

En este sentido, en el primer supuesto graficado por Miranda Serrano, ciertamente la plataforma desenvuelve un papel completamente cosificado, esto es, se limita a actuar como un servicio o producto informático¹⁰, al cual las partes acceden, por regla general de forma gratuita, a través del registro de un usuario. En ese caso, la plataforma solo se encargaría de poner en contacto a los polos de oferta y de demanda; conexión que en otro ambiente hubiera probablemente comprometido una mayor cantidad de costos de transacción, lo que comprobaría que los usuarios (C_o y C_d) saldrían beneficiados con este esquema, constituyendo, por ende, el modelo de economía colaborativa C2C por excelencia.

En estas circunstancias los interines económicos de las plataformas digitales (W_m) no se identifican con los de sus usuarios (C_o y C_d); por tanto, si bien un sujeto plataforma dentro de este esquema podría llegar a ser sometido al ámbito regulatorio de la LORyCPM; lo harían respondiendo desde una perspectiva individual, es decir, analizados como operadores económicos particulares, que desempeñarían una suerte de acto de correduría mercantil; pero nunca, por los efectos derivados de las transacciones económicas que sus usuarios ejecuten. En resumen, plataformas como OLX o BlaBlaCar eventualmente podrían responder por actos de competencia desleal, cuando los ejecutasen contra portales similares (sus competidores en el

¹⁰ En el ámbito comunitario de la Unión Europea, la definición de servicios de la sociedad de la información se encuentra recogidas por la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y en la Directiva 98/84/CE, según el cual se considera servicio informático, al servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, mediante un equipo electrónico para el tratamiento (incluida la compresión n digital) y el almacenamiento de datos, y a petición individual de un receptor de un servicio.

mercado), mas no por las consecuencias derivadas del negocio inmobiliario o el *carpooling* que desarrollan sus usuarios.

Al respecto, Miranda Serrano (2017, p.238) ha manifestado:

Como señalamos más arriba al abordar los distintos modelos de negocio que tienen cabida dentro del concepto genérico de economía colaborativa, somos de la opinión de que la plataforma Blablacar no desarrolla una actividad de transporte, sino que se limita a prestar un servicio propio de la sociedad de la información. De ahí que la pudiéramos como claro ejemplo de lo que denominamos modelo de negocio propio o estricto de economía colaborativa. En esta misma dirección se ha pronunciado el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid en sentencia de 2 de febrero de 2017 (núm. 30/2017), que resuelve la demanda interpuesta por la Confederación Española de Transporte en Autobús (Confebús) contra Comuto Iberia, S.L. y Comuto, S.A. (BlaBlaCar), en ejercicio de una acción declarativa de deslealtad. Esta sentencia, en efecto, desestima en su totalidad las pretensiones de la actora y concluye que BlaBlacar presta un servicio de intermediación digital, regulado por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE).

Bajo este supuesto, la finalidad o no de lucro que llegase a tener el sujeto-plataforma, no se encuentra vinculada en ninguna forma con la propia de la comercialización de los productos o bienes que se intercambian en sus interfaces. Idéntica situación ocurriría en los casos donde las aplicaciones o portales web, se limiten a recuperar los costos de producción y/o transacción ocupados, sin asegurarse algún margen de ganancia o rédito superior, como sucede con las páginas de *crowdfunding* y aquellas ya mencionadas, cuya propiedad y dirección está en manos de la misma colectividad que ostenta los papeles de oferente y adquisidor.

Por su parte, en lo que concierne a los esquemas impropios o amplios de Economía Colaborativa¹¹, el diagnóstico diferirá mucho al expuesto hasta ahora. Como previamente se ha mencionado, en esta tipología “colaborativa” la plataforma participa de forma directa en la prestación del servicio o la comercialización del bien, asumiendo de forma pública o disimulada: (i) procesos precontractuales, que incluyen la elaboración de contratos, la captación del personal, la promoción publicitaria del producto, etc.; (ii) la ejecución contractual, en especial, el control de la prestación del servicio (o la circulación del bien) y el cobro del precio respectivo; y, (iii) procedimientos postcontractuales, como lo son, la atención de reclamos, la imposición de sanciones a su personal o usuarios, el pago de indemnizaciones, aseguramientos, etc.

Probablemente el fenómeno Uber es uno de los ejemplos más paradigmáticos de esta categoría de Economía Colaborativa¹², a través del cual se ha configurado un esquema empresarial de prestación de servicios de transporte “*en que el operario y el usuario se conectan on-line, pero donde el servicio se presta off-line*”. (Raso, 2016, p.70) En el caso Uber, el sujeto-plataforma se ha asegurado un segmento de mercado para su explotación exclusiva. Para ello, ha procedido a la creación de un andamiaje normativo dictado de forma unilateral (*terms and conditions*), en el cual se fijan un conjunto de políticas, deberes y obligaciones para la prestación del servicio, que vincula a todos los sujetos que concurren en este escenario virtual. Así las

¹¹ También conocidos como modelos B2C o Bussines to Consumer

¹² Para Muñoz García (2018, p. 15) Uber recrea el “*paradigma de este nuevo modelo económico (al punto que se utiliza su nombre para denominarlo) opera actualmente en 75 países. Según información que la propia empresa compartió con Bloomberg, durante 2016 sus registros alcanzaron la cifra de 20.000 millones de dólares, con ingresos netos que habrían superado los 6.500 millones en ese mismo periodo.*”

cosas, Uber, en su aparente tarea de intermediación digital, disimula una serie de procesos que lo ubican en una situación de superposición frente a los operarios de los vehículos, lo que implica a su vez, la constatación de una relación de dependencia, que no se agota en un plano normativo, sino que trasciende a aspectos técnicos y prestacionales. Lo anterior, dado que el sujeto-plataforma Uber, además de otorgar el sistema virtual en el cual se efectúa la contratación de transporte, dicta y desarrolla una serie de reglas y medidas específicas¹³, direccionadas a la ejecución del negocio, lo que incluye la calificación de la aptitud de los conductores, la fijación de algoritmos de precios, la señalización de rutas de transporte, el seguimiento de la satisfacción de los clientes, la recaudación de lo pagado, etc.

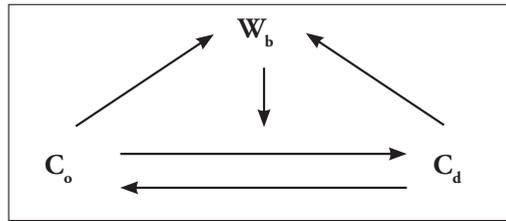


Figura 3. Modelo B2C, en el cual la plataforma “Wb” define “↓” los parámetros del medio concurrencial y se beneficia de la interacción de “Co” y “Cd”.

Todo lo dicho ha valido para que varios tribunales a nivel mundial hayan considerado que el vínculo entre Uber y los conductores, configura una relación laboral con plenos efectos. Acerca de esto, Muñoz García (2018) ha hecho un muy buen resumen de los principales precedentes jurisprudenciales que han coincidido con esta calificación:

En Estados Unidos The United States Court (Northern District of California), dictaminó que Uber no puede ser considerada solo como una empresa tecnológica sin injerencia en la prestación de los servicios de transporte de pasajeros. Destaca que Uber se encuentra muy involucrada en el mercadeo de sus servicios; en la regulación y monitoreo de las prestaciones; en la calificación y selección de sus conductores, sancionando incluso a los que incumplen sus estándares y; también, en los precios de la compañía. Se coloca el acento en que lo importante no estriba en la intensidad del control que se ejerce por la empresa, sino en el hecho mismo que esta se reserve el derecho de ejercerlo. [...] recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) resolvió que Uber es una empresa de transporte y no una mera plataforma digital de intermediación entre conductores y usuarios, por lo que no respondería a la calificación de servicio de la sociedad de la información. [...] En Londres dos conductores denunciaron a Uber en sede judicial por el incumplimiento de obligaciones laborales como vacaciones y pagos por enfermedad. El 28 de octubre de 2016, el fallo declaró que se trataba de verdaderos trabajadores y que les corresponden, en consecuencia, todos los derechos que la legislación laboral contempla. Para arribar a tal conclusión, dicha sentencia tuvo especialmente en vista que los conductores ejercen sus funciones bajo una marca que no les es propia y que la publicidad de Uber se refiere a la misma empresa y no al supuesto servicio autónomo de sus socios. Califica además como inverosímil hablar de una simple coordinación entre Uber y sus operadores, cuando en Londres

¹³ Efectivamente algunas funcionalidades de la aplicación de Uber como la de “cancelación” del viaje, pueden interpretarse desde una perspectiva jurídica como un acto de terminación unilateral de un contrato celebrado, figura ampliamente rechazada por la Doctrina, la Jurisprudencia y la Ley.

existe una única plataforma y más de treinta mil conductores. [...] En latitudes más cercanas, en Brasil, el 33er Juzgado del Trabajo de Belo Horizonte, a inicios de este 2017 se apoyó en el fallo del Reino Unido, que ensalzó en alto grado, para adoptar una decisión bastante similar, acogiendo buena parte de sus argumentos [...]. (p. 27-28)

El texto transliterado será de vital ayuda para el abordaje de las conductas de competencia desleal bajo estos esquemas, en la medida de que el sujeto-plataforma, a contrariedad de lo que pasaba en los modelos colaborativos restrictivos, responderá por los ilícitos concurrenciales que se detectasen en la ejecución de la operación económica concreta. En efecto, de comprobarse que el administrador de la aplicación digital (Wb) es el sujeto que se beneficia de toda la puesta en escena del negocio, a tal punto de afirmarse que él mismo llega a prestar el servicio por medio del cuerpo de personas naturales (Co); lo lógico es pensar que deberá responder por los actos de competencia desleal que afectasen a otros operadores económicos del sector concreto en el cual opera (transportación, servicios auxiliares, repartición de alimentos, etc.).

6. Tipos conductuales concretos de competencia desleal

Dos de los avances más tangibles del marco regulatorio que inauguró la LORCyPM fue la inclusión de la cláusula general de competencia desleal y la cláusula específica de deslealtad por violación de normas. Mediante la primera herramienta correctiva, nuestro ordenamiento jurídico procura instituir un estándar general de buena fe objetiva que compele a los operadores económicos a observar y desarrollar una conducta leal en sus interacciones de mercado. Junto a esto, la posibilidad de calificar con el carácter de actos desleales a actuaciones ejecutadas de forma indirecta por un operador, como las dirigidas a través de medios publicitarios, y la amplitud del *scope* objetivo, no circunscrito a un grupo específico de hechos y/o actos (profesionales, empresariales, etc.) constituyen lo novedoso del espectro regulatorio de la LORCyPM.

Art. 25.- Definición. - Se considera desleal a 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. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque a actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras. [...]

No obstante, más allá de la cláusula prohibitiva general de competencia desleal, las implicaciones jurídicas y económicas que devienen de la cláusula específica de violación de normas (CEVN) son todavía mayores. A través de esta cláusula, la legislación procura erradicar cualquier tipo de ventaja competitiva y significativa que se traduzca en una disparidad injustificada de costos regulatorios entre competidores de un mismo segmento de mercado, que tenga origen en la inobservancia arbitraria y unidireccional de enunciados normativos del marco normativo general¹⁴.

En razón de esto, la CEVN sancionada en el artículo 27 de la LORCyPM, ha determinado:

¹⁴ Como lo ha expresado Miranda Serrano (2017, p. 236) en: *"nuestra comunidad jurídica existe un considerable grado de consenso en entender que el fundamento de esta norma reside en la regla del par condicio concurrentium. Quiere esto decir que a través de ella no se trata de garantizar el cumplimiento de las normas jurídicas. El objetivo perseguido estriba en evitar que los empresarios y profesionales obtengan ventajas competitivas del incumplimiento de la normativa que les resulta aplicable y basen en ellas sus estrategias y políticas empresariales [...]"*.

Art. 27.- Prácticas Desleales. - Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes: [...]
9.-Violación de normas. - se considera desleal el prevalecer en el mercado mediante una ventaja significativa adquirida como resultado del abuso de procesos judiciales o administrativas 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 análisis del artículo transcrito, se puede advertir que, para la configuración del ilícito de deslealtad concurrencial por violación de normas, hará falta la conjugación de tres elementos: (i) la infracción de una norma positiva, (ii) la obtención de una ventaja competitiva, y (ii) la significancia de la ventaja obtenida.

En este sentido, se va a requerir, en primer lugar, la constatación de la omisión o el descatamiento de algún dispositivo jurídico que forme parte del Derecho nacional o supranacional. Para aquello no se necesitaría que la norma inobservada verse o esté relacionada de forma directa con la rama de negocio o segmento de mercado en el que participa el infractor; por citar un ejemplo, para que un corredor de bienes raíces incurra en esta clase de ilícito concurrencial no hace falta que las normas infringidas reglamenten el tráfico de bienes raíces, puesto que bien podría nacer la infracción de la abstención en el pago de las prestaciones de seguridad social a sus trabajadores.

Adaptado este criterio al campo de los modelos B2C de Economía Colaborativa, el hecho de que compañías como Uber, Cabify o Glovo, unilateralmente hayan previsto no someterse a las normas de la legislación laboral ecuatoriana, al negar cualquier tipo de relación de trabajo con sus operarios; lo cual implica el desconocimiento de varios principios y reglas laborales como los de mínima estabilidad, los umbrales básicos de remuneración, el aseguramiento social, la provisión de insumos, entre otros, reproduciría el primer presupuesto enunciado para la comprobación de una infracción a la CEVN.

No obstante, tal como se señaló, no resulta suficiente la suspensión del acatamiento de un paquete de normas jurídicas para la determinación de un ilícito concurrencial contrario a la CEVN, toda vez que, dicho descatamiento bien podría ser sancionado por otras autoridades, como las unidades judiciales de lo laboral o la Comisión de Prestaciones y Controversias del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, sin que necesariamente deba ser revisado por el Derecho de Competencia. De esta manera lo que en realidad importaría para este ámbito, sería demostrar que, como consecuencia de la inobservancia jurídica, el operador económico obtenga una ventaja competitiva injustificada. Es por esto que para Miranda Serrano se puede concluir que se está en presencia de una ventaja competitiva injustificada cuando:

el sujeto incumplidor mejora su posición de mercado respecto de la que poseen sus competidores. Esto ocurre especialmente cuando resulta habilitado para lanzar ofertas comerciales de forma más atractiva al modo en que lo venía haciendo con anterioridad a la infracción, con la consecuente alteración que esto supone del *par condicio concurrentium*. (2017, p. 225)

Empero, esa ventaja competitiva no debe ser interpretada exclusivamente desde una lógica patrimonial de acrecimiento, por lo cual hará falta dejar en evidencia un desequilibrio real en el mercado. Debido a eso, no será suficiente que el operador económico que se haya abstraído de la aplicación de la normas positivas, posea en el reporte de su haber contable una progresión de ingresos, sino que además deberá comprobarse que el acrecimiento contable haya provocado un desplazamiento patrimonial, con relación a sus competidores; es decir, habrá que asegurarse que el dinero que ha ganado el presunto competidor desleal corresponda a valores que en situaciones normales habrían ingresado en el patrimonio de otros competidores.

Acerca de este tópico, los estudios cuantitativos realizados en 2016 por la Asociación de Transportes de Quindío-Colombia-, que Perea Sánchez (2017, p.47) recoge en un reciente artículo, han confirmado cómo Uber en el año 2016 se ahorró un promedio de 7'209,000.00 de pesos colombianos por cada vehículo que operaba desde su plataforma, lo que, multiplicado por los 5,000 choferes registrados en la plataforma durante dicho año, le habría significado una ventaja de once millones de dólares americanos, con respecto a las empresas convencionales de transporte público de pasajeros.

Un efecto semejante al recogido por Perea Sánchez sería el que se estaría reproduciendo en el Ecuador, mucho más si se considera que las variables utilizadas para las mediciones de la Asociación de Transportes de Quindío (Colombia), se referían a gastos devengados por SOAT, impuestos de rodamiento, prestaciones de seguridad social, etc.; los cuales también son aplicables en el Ecuador.

Sin embargo, el caso ecuatoriano podría llegar a ser mucho más crítico, en especial si se considera que la tarifa cobrada por los taxis convencionales es el producto de un algoritmo estático establecido por la Agencia Nacional de Tránsito del Ecuador en la Resolución No. 073-DIR-2014-ANT, publicada en el Registro Oficial No. 241 del 31 de diciembre de 2014. De este modo, la adopción de empresas como Uber y Cabify de algoritmos dinámicos para la fijación del precio de sus transportes, además de confirmar la superposición de dichas compañías con respecto a sus transportistas, evidencia una nueva violación de la normativa interna, en lo vinculado al área del Derecho del Transporte, y recrea consecuentemente el ilícito concurrencial detallado en el numeral 9 del artículo 27 de la LORyCPM.

Finalmente, el ciclo de comprobación de las infracciones a la CEVN, se cerraría con la percatación de la significancia de la ventaja obtenida; para lo cual, un criterio ampliamente difundido para su estimación está configurado por el desplazamiento de clientela, según el cual, para “[...] la ventaja obtenida por el infractor es significativa cuando como consecuencia de la infracción ‘se produce desviación acreditada de la clientela de los competidores a favor del sujeto infractor’” (Miranda Serrano, 2017, p. 225).

7. Conclusiones

El cargado dinamismo de los esquemas y moldes que actualmente se representan en la Economía Colaborativa ha degenerado en la presencia de una amplísima fenomenología dentro de la cual se propugna por reconocer, bajo un mismo rótulo, las más diversas clases de operaciones económicas realizadas con la intermediación de una plataforma digital. De esta manera, se ha incentivado a creer que, tanto aquellos ejercicios de plena colaboración, donde grupos de particulares que no ejercen el comercio de forma profesional y habitual optan por intercambiar el uso o la propiedad de un bien o servicio al cual no le están dando un fin productivo; como aquellos donde detrás del software de intermediación se esconde un aparato empresarial típico, que dirige toda la red comercial y se lucra del negocio, deben ser guardados en un mismo saco,

y recibir un mismo tratamiento jurídico; todo lo cual ha dejado vulnerable al mercado respecto al padecimiento de conductas de competencia desleal.

Es así como hemos visto que plataformas como Uber, Glovo, Cabify, entre otras, se están aprovechado de actos de inobservancia explícita de normas regulatorias, por medio de los cuales se viene violentando uno de los principios más básicos de la libre y leal competencia: el *par condicio concurrentium*, a través del cual el Derecho cimenta normativamente una suerte de equilibrio de costos regulatorios, mismo que se puede resumir en la máxima de que “*a una misma actividad y segmento de mercado le corresponde un mismo grado de regulación*”.

De ahí que lo hecho por estas compañías violenta la cláusula específica de no violación de normas contemplada en el numeral 9 del Art. 27 de la LORyCPM, lo que traducido a un aspecto económico, implica el aumento injustificado de sus ganancias y la disminución ilegítima de sus costos de operación y transacción; circunstancias que trascienden la esfera de la competencia desleal e inclusive llegan a lastimar los estándares clásicos de la libre competencia (competencia restrictiva, precios depredatorios, etc.; particularmente, por cuanto lo actuado por este tipo de estructuras empresariales podría terminar provocando un giro en la balanza de demanda, redirigiéndola en su favor, como consecuencia de la atracción de consumidores por ofertas más baratas.

Todo lo expuesto se agrava por la baja regulación normativa y práctica que ha demostrado el Ecuador, en lo que refiere a las empresas tecnológicas transnacionales, generalmente justificándose en una errada interpretación del principio de neutralidad de red. Esta situación se agrava, aún más, por el hecho de que estas compañías carecen, en su mayoría, de representantes o apoderados permanentes en el país, y, por tanto, les resulta mucho más sencillo evadir cualquier tipo de obligación resarcitoria. Es en ese sentido que la presente investigación ha tenido como objeto evidenciar las principales falencias y desventajas que encierra este capitalismo de plataformas y la imperante necesidad de regularlo en nuestro país, a fin de evitar actos de precarización laboral, desajustes tributarios, y de desacato normativo.

Frente a lo expuesto, una salida recomendable sería la adopción de la categorización económica que ha esbozado la Doctrina, de modo tal que se distingan los plausibles emprendimientos con un real corte colaborativo (los llamados modelos *consumer to consumer*), de aquellos modelos que más bien obedecen a lógicas especulativas y al amasamiento expedito de riquezas, a costa de la precarización laboral, la fijación unilateral de términos, la elusión tributaria, etc., con el fin de que este último modelo reciba un tratamiento especializado, que asegure el respeto a la identidad de condiciones en relación con el resto de operadores.

Referencias bibliográficas

- Botsman, R. y Roos R. (2011). *What's Mine is Yours: The Rise of Collaborative Consumption*. New York: HarperCollins.
- Degryse, C. (2016). Digitalisation of the Economy and its Impact on Labour Markets. *European Trade Union Institute (ETUI) Research Paper Series*, 2016.
- Doménech, G. (2015). La regulación de la economía colaborativa. El caso Uber contra el taxi. *Revista CEFLEGAL* 23, 61-104.
- Leñena Mendizábal, E. (2015). Los nuevos sistemas de utilización compartida de vehículos de transporte (Carpooling y Car Sharing): entre la economía colaborativa y la competencia desleal. *Revista de Derecho Mercantil*, 296, 283-334

- Miranda Serrano, L. (2017). Economía Colaborativa y Competencia Desleal ¿Deslealtad por violación de normas a través de la prestación de servicios facilitados por plataformas digitales? *Revista de Estudios Europeos* 70, 197-249.
- Muñoz García, B. (2018). Uber, la subordinación y las fronteras del Derecho del Trabajo. Algunas ideas para delimitar. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 17 (9), 2018.
- Perez Sánchez, A. (2017). Ni tanto que queme al santo ni tan poco que no lo alumbre. Economía colaborativa: ¿evolución de mercado o competencia desleal? Una visión desde el análisis económico del derecho. *Revista de derecho y economía* 48, 25-57.
- Raso Delgue, J. (2016). La economía virtual: Nuevos retos para el Derecho del Trabajo. *Derecho del Trabajo*, 20, 31-47.
- Ruiz Martín, A. (2017). Economía Colaborativa y supuestos de competencia desleal transfronteriza en ¿Mercados C2C?: Reflexiones sobre la utilidad de las normas de Derecho Internacional Privado en este particular. *Revista de Estudios Europeos* 70, 368-397.
- Srnicek, N. (2017). *Platform Capitalism*. Cambridge: Cambridge Press,.
- Supiot, A. (2007). *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*,. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Todolí, A. (2017). *El trabajo en la era de la economía colaborativa*. Valencia: Tirant Lo Blanch.