

La era digital y el derecho de la competencia: Una mirada a los desafíos de la regulación.

Luisa Judith Forero Franco

Para citar este artículo:

Forero, L. (2023). La era digital y el derecho de la competencia: Una mirada a los desafíos de la regulación. *Via Iuris*, (35) 96-137. DOI: <https://doi.org/10.37511/viaiuris.n35a3>.

La era digital y el derecho de la competencia: Una mirada a los desafíos de la regulación*

Luisa Judith Forero Franco**

Fecha de recepción: 26 de febrero de 2023

Fecha de evaluación: 19 de mayo de 2023

Fecha de aprobación: 12 de julio de 2023

Para citar este artículo:

Forero, L. (2023). La era digital en el derecho de la competencia: Una mirada a los desafíos de la regulación. *Via Iuris*, (35), 96-137. DOI: <https://doi.org/10.37511/viaiuris.n35a3>

* El presente artículo es resultado del proyecto de investigación de la Maestría en Derecho con énfasis en Derecho privado vinculado a la Universidad del Rosario. (Periodo 2021 - 2023). Bogotá, Colombia.

** Abogada graduada con Honores Académicos y profundización en Derecho Comercial del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Especialista en Derecho Comercial de la misma institución. Candidata Becaria de la Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Privado de la Universidad del Rosario. ORCID: <https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0002-9903-8150> Google Scholar: https://scholar.google.es/citations?view_op=new_articles&hl=es&imq=Luisa+forero+franco# Correo electrónico: luisaj.forero@urosario.edu.co

La era digital y el derecho de la competencia: Una mirada a los desafíos de la regulación.

Resumen

El presente artículo aborda el impacto de la Era Digital en el ámbito del Derecho de la Competencia y la protección de los derechos de los consumidores. En un mundo globalizado y tecnológicamente dinámico, la falta de una regulación sólida ha propiciado violaciones tanto de los derechos de los consumidores como de la equidad competitiva en el mercado electrónico.

En particular, el enfoque se centra en las prácticas restrictivas tales como precios probatorios, acuerdos de exclusividad, discriminación de precios, acuerdos anticompetitivos entre empresas y el uso indebido de información privilegiada, además de las controversias asociadas al Derecho de la Competencia en el contexto digital. Por este motivo, surge la pregunta de si las plataformas digitales deben ser restringidas debido a sus prácticas desleales en el mercado, o si, en cambio, deben ser permitidas en armonía con el desarrollo económico.

El objetivo principal de este artículo es proporcionar una reflexión crítica y una armonización de ideas sobre la manera como la Era Digital ha influido en el Derecho de la Competencia. Se analizan diversos puntos de vista con el fin de ofrecer una visión integral sobre la necesidad de establecer un sistema legal adaptado a la era digital que garantice tanto la protección de los derechos de los consumidores como la equidad en la competencia.

Palabras Clave: Desarrollo económico; tecnología digital; comercio electrónico; economía mundial; derecho antimonopolio; protección del consumidor; derecho de la competencia

The digital age and competition law: A look at the challenges of regulation.

Abstract

This article addresses the impact of the Digital Era in the field of Competition Law and the protection of consumer rights. In a globalized and technologically dynamic world, the lack of solid regulation has led to violations of both consumer rights and competitive equity in the electronic market.

In particular, the focus is on restrictive practices such as test pricing, exclusivity agreements, price discrimination, anti-competitive agreements between companies and the misuse of privileged information, in addition to the controversies associated with Competition Law in the digital context. For this reason, the question arises whether digital platforms should be restricted due to their unfair practices in the market, or if, instead, they should be allowed in harmony with economic development.

The main objective of this article is to provide a critical reflection and harmonization of ideas on how the Digital Age has influenced Competition Law. Various points of view are analyzed in order to offer a comprehensive vision of the need to establish a legal system adapted to the digital era that guarantees both the protection of consumer rights and fairness in competition.

Keywords: Economic development; digital technology; electronic commerce; world economy; antitrust law; consumer protection; competition law.

A era digital e o direito da concorrência: uma análise dos desafios da regulamentação

Resumo

Este artigo aborda o impacto da Era Digital no campo do direito da concorrência e da proteção dos direitos do consumidor. Em um mundo globalizado e tecnologicamente dinâmico, a falta de uma regulamentação sólida levou a violações dos direitos do consumidor e da justiça competitiva no mercado eletrônico.

Em particular, o foco está nas práticas restritivas, como testes de preços, acordos de exclusividade, discriminação de preços, acordos anticoncorrenciais entre empresas e negociações com informações privilegiadas, bem como disputas associadas ao direito da concorrência no contexto digital. Por esse motivo, surge a questão de saber se as plataformas digitais devem ser restringidas devido a suas práticas de mercado desleais ou se, ao contrário, devem ser permitidas em harmonia com o desenvolvimento econômico.

O principal objetivo deste artigo é oferecer uma reflexão crítica e uma harmonização de ideias sobre como a Era Digital influenciou o direito da concorrência. Vários pontos de vista são analisados a fim de fornecer uma visão abrangente sobre a necessidade de estabelecer um sistema jurídico adaptado à era digital que garanta tanto a proteção dos direitos do consumidor quanto a justiça na concorrência.

Palavras-chave: desenvolvimento econômico; tecnologia digital; comércio eletrônico; economia global; direito antitruste; proteção ao consumidor; direito da concorrência

L'ère numérique et le droit de la concurrence : un regard sur les défis de la régulation.

Résumé

Cet article traite de l'impact de l'ère numérique sur le droit de la concurrence et la protection des droits des consommateurs. Dans un monde globalisé et technologiquement dynamique, l'absence de réglementation solide a conduit à des violations des droits des consommateurs et de l'équité concurrentielle sur le marché électronique.

L'accent est mis en particulier sur les pratiques restrictives telles que les tests de prix, les accords d'exclusivité, la discrimination par les prix, les accords anticoncurrentiels entre entreprises et les délits d'initiés, ainsi que sur les litiges liés au droit de la concurrence dans le contexte numérique. C'est pourquoi la question se pose de savoir si les plateformes numériques doivent être restreintes en raison de leurs pratiques commerciales déloyales, ou si elles doivent au contraire être autorisées en harmonie avec le développement économique.

L'objectif principal de cet article est de fournir une réflexion critique et une harmonisation des idées sur la façon dont l'ère numérique a influencé le droit de la concurrence. Différents points de vue sont analysés afin de fournir une vue d'ensemble sur la nécessité d'établir un système juridique adapté à l'ère numérique qui garantisse à la fois la protection des droits des consommateurs et la loyauté de la concurrence.

Mots-clés : développement économique ; technologie numérique ; commerce électronique ; économie mondiale ; droit antitrust ; protection des consommateurs ; droit de la concurrence

Introducción

En esta investigación, se aborda la cuestión central de: ¿Cuál es el impacto general de la era digital en el Derecho de la Competencia? El objetivo es proporcionar una comprensión jurídica, especialmente desde la perspectiva nacional, acerca del fenómeno de desregulación existente y la carencia de mecanismos normativos que orienten la implementación de las nuevas tecnologías dentro de parámetros claros, promoviendo así una sana competencia empresarial y negocial en este ámbito.

La última década ha sido testigo de una transformación radical debido a la era digital, lo que ha tenido un impacto significativo en la forma en que se interactúa con el mundo y se llevan a cabo las actividades económicas. La aparición de plataformas digitales, el comercio electrónico y la utilización masiva de datos, han impulsado un crecimiento exponencial de los mercados digitales generando tanto nuevas oportunidades como desafíos en el ámbito de la competencia y la protección al consumidor.

Así las cosas, es fundamental comprender cómo la era digital ha afectado el Derecho de la Competencia y la regulación del mercado. La desregulación existente y la falta de normas claras para abordar los desafíos tecnológicos actuales plantean interrogantes sobre cómo asegurar una competencia justa y equitativa en este nuevo entorno digital, Smith (2022).

El Derecho de la Competencia involucra a diversos actores, desde los usuarios que actúan como consumidores hasta los empresarios que actúan como competidores. Por ello, la irrupción de la era digital plantea un desafío importante para ambos, lo que hace que el trabajo del legislador en esta materia sea vital para su desarrollo. La economía digital ha generado debates en diversos campos y, considerando su impacto como una revolución en las comunicaciones y tecnologías, se hace necesario analizar cómo estas dinámicas influyen en el marco normativo y su aplicación en el ámbito de la competencia.

En este artículo, se explorarán las implicaciones que la era digital ha tenido en el Derecho de la Competencia, centrándose en diferentes perspectivas, de una parte, la inminente evolución

de la tecnología y de otra, el deber del Estado de regular estas prácticas para lograr una armoniosa conexión entre ambas. Además, se examinará si el aparato normativo actual en Colombia responde de manera adecuada al fenómeno digital y si se ha logrado la aplicación y adaptación del Derecho como ciencia jurídica a las necesidades de un mundo en constante evolución por la influencia de la tecnología. En el desarrollo del artículo, se realizará un análisis comparado de la situación en América Latina, en relación con las acciones llevadas a cabo por las jurisdicciones de los Estados Unidos y la Unión Europea.

Metodología

La metodología utilizada en este artículo se basa en un enfoque cualitativo, específicamente, en la investigación explicativa y crítica para analizar el impacto de la era digital en el Derecho de la Competencia en Colombia. Además, se considerará el contexto de las experiencias y marcos normativos de referencia de la Unión Europea y otros países de Latinoamérica.

Para abordar la pregunta problemática central sobre la influencia de la era digital en el Derecho de la Competencia en Colombia, se realizará un estudio exhaustivo de legislación y jurisprudencia relacionada con la competencia y las nuevas tecnologías en el país. También se analizarán las experiencias y prácticas establecidas en países de la Unión Europea y otras naciones de Latinoamérica, para obtener una visión comparada y enriquecedora.

La recolección de datos se llevará a cabo mediante el análisis de informes de organizaciones internacionales, revistas especializadas y publicaciones que aborden el tema en el contexto colombiano, europeo y latinoamericano. Asimismo, se tendrá en cuenta la participación en conferencias y eventos relacionados con la competencia en la era digital, lo que permitirá obtener información actualizada y relevante.

El enfoque de investigación se seleccionó con el propósito de consolidar un contenido argumentativo demostrable, basado en las realidades materiales de la incursión de las nuevas tecnologías en los sistemas de mercado y negocio en Colombia, teniendo en cuenta las experiencias

y marcos normativos generales de referencia de Estados Unidos, la Unión Europea y otros países de Latinoamérica.

Aunque el tema de la influencia de la era digital en el Derecho de la Competencia es relativamente nuevo en Colombia, se ha evidenciado una evolución progresiva que plantea desafíos significativos. Por lo tanto, se requiere una adecuada contextualización y análisis crítico de las regulaciones existentes y su adaptación a los cambios tecnológicos en el país, tomando como referencia las mejores prácticas y lecciones aprendidas en Estados Unidos y la Unión Europea para darle aplicación en Colombia.

Con esta metodología, se busca proporcionar un análisis coherente y fundamentado sobre cómo la era digital ha impactado el Derecho de la Competencia en Colombia, considerando las experiencias y marcos normativos generales de referencia Estados Unidos, la Unión Europea.

Resultados y Discusión

Política y prácticas comerciales restrictivas de la competencia en la era digital

La evolución tecnológica ha dado lugar a un mercado electrónico cada vez más complejo que ha traído consigo una serie de desafíos para el Derecho de la Competencia. Si bien es cierto que existe regulación frente al Derecho de la Competencia, en lo respectivo al cuidado de los intereses de los consumidores y la necesidad de proteger la libre competencia en los mercados, con la prohibición de aquellas conductas que violen de manera directa la libre competencia (Superintendencia de Industria y Comercio, s.f), también es claro, que el apresurado avance tecnológico, en la era digital a nivel mundial, no ha permitido el correcto y alineado desarrollo normativo en el marco del Derecho de la Competencia. Por ello, la falta de regulación en este ámbito ha llevado a la consolidación de violaciones de derechos entre consumidores y competidores, lo que ha generado la necesidad de implementar un sistema robusto que incorpore los cambios de la globalización tecnológica en la normatividad. Para lograr este propósito, es fundamental prestar atención a las políticas de competencia que se han llevado a cabo en Estados Unidos y la Unión Europa, donde se han generado procesos de vanguardia en la revisión y

actualización de las normas en esta materia, permitiendo la creación de un marco regulatorio más eficiente y efectivo en el mercado electrónico. En Colombia, estos avances de carácter normativo se encuentran reflejados en la creación de organismos de control, como la (SIC), por medio de los cuales se busca controlar los actos de competencia desleal en los respectivo al derecho de competencia.

Por tanto, es importante analizar estos procesos, con el objetivo de ejercer cambios importantes y significativos que les permita a los países de América Latina, crear nuevas políticas de competencia inclusivas y acordes con las necesidades del desarrollo global, generando un mayor acceso al mercado y una mayor competencia, en el marco de la regulación y la protección de derechos.

Así las cosas, analizaremos en primera medida los avances de la Comisión de la Unión Europea, que en 2017, evaluó la posibilidad de iniciar una investigación por las presuntas prácticas anticompetitivas que se pudieran dar en el comercio electrónico, donde se evaluó las posibles restricciones que las plataformas establecían a los vendedores minoristas para el establecimiento de los precios de sus productos electrónicos de alta demanda, como computadores y electrodomésticos. Según lo explica Ezrachi & Stucke (2017) dichas restricciones, se vieron materializadas mediante un software de fijación de precios que adaptaba de manera automática los precios de los minoristas. Esto conlleva a que el índice de precios generales en línea fuera de carácter estándar, afectando en conjunto los precios de los productos y restringiendo automáticamente la fijación de precios y la libre competencia al generar un modelo estándar de precios que impediría la colocación en el mercado digital de precios excesivamente bajos limitando de alguna manera las prácticas restrictivas de la competencia y la competencia desleal, favoreciendo así, la igualdad en el mercado.

Como consecuencia de lo anterior, la Comisión estableció que, así como las empresas son responsables de los actos anticompetitivos que realizan sus empleados (con los programas de *compliance* de última generación), referente al uso de tecnología avanzada, enfoque cultural y la gestión de riesgos, así mismo, debería extenderse dicha responsabilidad a los algoritmos que restringen la competencia, sancionando a aquellas empresas que utilizan el algoritmo para

establecer los precios de forma arbitraria, siendo responsable así de cualquier riesgo resultante de prácticas anticompetitivas, de hecho "Estas preocupaciones ya han comenzado a materializarse en casos que se están tratando a nivel de la Unión Europea, donde existe un debate continuo entre académicos y profesionales sobre la mejor manera de abordar las posibles preocupaciones" (Comisión Europea, 2018, p. 2), entendiendo que las organizaciones empresariales deberían llevar un monitoreo continuo y actualizado de sus políticas y procedimientos para mantenerse al día con los cambios en la regulación y para abordar nuevas áreas de riesgo.

Como alternativa emergente de solución frente a los temas planteados, en el año 2018, la Comisión Europea emitió una resolución que vinculaba el impacto que podía tener en la infracción antimonopolio, los algoritmos y el software de fijación de precios. En este caso, se impusieron multas importantes a cuatro empresas que fabricaban productos electrónicos de consumo, ya que se descubrió que utilizaban un software de fijación de precios para establecer precios de reventa en línea. La Comisión Europea no condenó directamente el uso de los algoritmos, sin embargo, señaló que el uso de algoritmos que ajustan automáticamente los precios minoristas a los precios de la competencia podría aumentar el impacto de las restricciones de mantenimiento de precios de reventa en los precios generales en línea (Comisión Europea, 2018).

Expertos en el tema han realizado diversos estudios sobre el caso de la Comisión Europea, generando importantes debates acerca del uso de algoritmos y la necesidad de establecer regulaciones claras para evitar su uso inadecuado. Algunos autores han resaltado la necesidad de fomentar la transparencia en el uso de algoritmos para prevenir su uso anticompetitivo, y han abogado por la implementación de mecanismos efectivos de supervisión y control. También se ha enfatizado en la relevancia de impulsar la competencia en los mercados digitales, mediante la promoción de la innovación y el desarrollo de nuevos productos y servicios, lo que permitiría una mayor oferta y diversificación para los consumidores. Stucke (2019).

La necesidad de fomentar la transparencia emitida por Stucke, han generado obligaciones de transparencia de la Unión Europea para las plataformas en línea, en el mes de junio de 2019 el Consejo Europeo adoptó nuevas reglas destinadas a proporcionar términos y condiciones efectivos en las empresas. Entre estas medidas, se encuentra la obligación de utilizar en estos, un lenguaje

claro y fácil de entender, así como la mejora de la comunicación entre la plataforma y sus usuarios comerciales con la implementación de sistemas internos ágiles para la gestión de quejas. El alcance del reglamento abarca tanto los mercados en línea como las tiendas de aplicaciones de software en línea, redes sociales y motores de búsqueda, sin importar su ubicación, siempre y cuando ofrezcan bienes o servicios a consumidores dentro de la Unión Europea o a empresas establecidas en ella.

De este modo, según la Comisión Europea (2019), el marco existente de la legislación de competencia de la Unión Europea sigue proporcionando una base sólida y suficientemente flexible para proteger la competencia en la era digital. Sin embargo, autores como Lianos (2017) y Ezrachi (2020) han señalado la necesidad de adaptar las herramientas tradicionales de análisis y aplicación de la legislación de competencia para abordar los desafíos específicos que presenta la economía digital.

La Unión Europea, en su intento de regular lo relacionado con la era digital y su impacto en el Derecho Comparado, desarrolló la Ley de Mercados Digitales, la cual establece disposiciones aplicables a las plataformas que actúen como "guardianes de acceso" en el sector digital. De esta manera, la ley menciona que estas plataformas, que tienen o tendrán una posición sólida y duradera, tienen un impacto significativo en el mercado interno y sirven como una vía importante para que los usuarios profesionales tengan acceso a los usuarios finales. Esta ley les otorga la capacidad de actuar como reguladores privados y como intermediarios entre las empresas y los usuarios finales.

El objetivo de la Ley de Mercados Digitales es prevenir que los guardianes de acceso impongan condiciones injustas tanto a las empresas como a los usuarios finales, y asegurar la naturaleza abierta de servicios digitales importantes. Por ejemplo, estos guardianes de acceso deberán garantizar que los usuarios finales puedan cancelar fácilmente su suscripción a servicios básicos de plataforma, desinstalar servicios preinstalados o detener la instalación de programas informáticos predeterminados junto con el sistema operativo. También se les requerirá proporcionar datos de rendimiento publicitario, información sobre precios de anuncios, permitir a los desarrolladores utilizar sistemas de pago alternativos integrados en las aplicaciones y permitir a los usuarios finales descargar tiendas de aplicaciones alternativas.

De igual forma, en lo respectivo a la regulación normativa por parte de la Unión Europea respecto a la injerencia de la era digital en el Derecho a la Competencia, es pertinente mencionar el informe del panel de expertos, quienes realizaron un análisis crítico de la reciente propuesta de la Unión Europea sobre la Ley de Mercados Digitales. Esta propuesta tiene como objetivo, abordar los problemas que surgen debido a las poderosas posiciones dominantes de un pequeño grupo de empresas que controlan el acceso a los nuevos mercados digitales. Previo a esto, en el documento se examinan las características específicas de estos mercados y los argumentos de aquellos que cuestionan la efectividad de las herramientas tradicionales del Derecho de la Competencia para solucionar dichos problemas, así como los enfoques adoptados en otras jurisdicciones (Velasco, 2021).

La implementación de normas comunes en el mercado único impulsará la innovación, el crecimiento y la competitividad, y facilitará la expansión de las plataformas más pequeñas, los negocios de pequeñas y medianas empresas, así como las nuevas empresas. Todos ellos se beneficiarán de un marco claro y unificado a nivel de la Unión Europea. (Comisión Europea, 2023).

Por su parte, en Estados Unidos el avance e innovación en esta área se dio con la Ley Antimonopolio de 1995, la cual establece los principios generales en cuanto a la protección de la libre empresa y en específico, lo relacionado con utilización de la propiedad intelectual como cualquier otra forma de propiedad impidiendo de esta forma que las invenciones tengan poder de mercado. (Departamento de Justicia, 2019).

La protección del consumidor frente a prácticas restrictivas de la competencia en el comercio exterior y en el ámbito electrónico es fundamental, especialmente considerando la creciente importancia de la era digital y el mercado electrónico. El propósito de esta regulación es salvaguardar a los consumidores de posibles conductas anticompetitivas por parte de proveedores de servicios.

Además, esta ley también establece que la propiedad intelectual es una forma de propiedad que debe ser protegida y respetada, lo que significa que las empresas y las personas deben obtener permiso y pagar regalías a los propietarios de las patentes en el marco de la protección de la

propiedad intelectual, antes de usar o reproducir sus creaciones (Departamento de Justicia, 2019). Esta protección es vital para fomentar la innovación y la creatividad, ya que los propietarios de propiedad intelectual pueden obtener beneficios económicos y reconocimiento por sus creaciones.

En la era digital, la competencia se ha vuelto cada vez más global y compleja debido a la aparición de nuevos modelos de negocio, la proliferación de datos y la creciente influencia de las plataformas digitales. En este contexto, las prácticas comerciales restrictivas de la competencia se han convertido en un tema cada vez más relevante para las autoridades de competencia de todo el mundo. Es por ello que adicional a los aportes de Estados Unidos y la Unión Europea, organizaciones internacionales han interferido en generar políticas generales de protección, es así como El Manual de la OCDE sobre Política de Competencia en la Era Digital ofrece orientación para que las autoridades anticompetitivas en los países puedan identificar y analizar prácticas comerciales restrictivas en el entorno digital. Por ejemplo, el manual señala que las empresas que controlan el acceso a los datos pueden utilizar esta posición para dificultar la entrada de competidores en el mercado. Además, se destaca la importancia de considerar las características específicas de los mercados digitales, como la existencia de efectos de red y la acumulación de datos, al analizar las prácticas restrictivas de la competencia. Por tanto, las autoridades de competencia pueden utilizar el Manual de la OCDE sobre Política de Competencia en la Era Digital como una herramienta útil para identificar y abordar las prácticas comerciales restrictivas de la competencia en el entorno digital. (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE], 2019).

El análisis desarrollado en los párrafos anteriores sobre la regulación normativa en la Unión Europea y Estados Unidos y su armonización con las políticas de organizaciones internacionales permite concluir que es necesario que los gobiernos realicen un análisis exhaustivo del impacto de la era digital en el Derecho de la Competencia. Este análisis riguroso debe centrarse en los beneficios y perjuicios que los métodos tecnológicos pueden ocasionar principalmente a los consumidores y a los competidores.

Ahora bien, considerando que el presente documento tiene como objetivo profundizar en el desarrollo normativo del impacto de la era digital en el Derecho de la Competencia, y después

de analizar la regulación normativa en la Unión Europea y en Estados Unidos, resulta fundamental ahondar específicamente en el contexto de América latina en Colombia.

En el caso concreto de Colombia, el Derecho de la Competencia se ha utilizado con el único propósito de salvaguardar el interés general y proteger el mercado, especialmente los derechos de los consumidores. Como resultado, se creó en Colombia la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), que actúa como ente regulador de las políticas de competencia y tiene el deber de investigar, corregir y sancionar las prácticas comerciales restrictivas de la competencia (Ley 1340 de 2009).

En ese sentido, la Superintendencia de Industria y Comercio ejerce funciones de investigación y sanción administrativa exclusiva en caso de infracciones a las normas de protección de la competencia, así como en la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009. Para el cumplimiento de este objetivo, las entidades gubernamentales encargadas de la regulación, control y vigilancia de los sectores y actividades económicas brindarán el apoyo técnico que sea requerido por la Superintendencia de Industria y Comercio, tal como lo establece el párrafo del mismo artículo. Esta ley otorga a la Superintendencia la facultad de imponer multas mediante un proceso administrativo sancionatorio que culmina con un acto administrativo emitido por dicha autoridad.

Es así como es posible verificar qué en Colombia existe un ente regulador que dinamiza los procedimientos y es el encargado de fomentar la nueva regulación que se ajuste a los parámetros de una sociedad que evoluciona en la era digital, así las cosas, veremos a continuación cuales son los puntos más importantes por considerar en el mercado digital teniendo en cuenta la experiencia de Estados Unidos y La Unión Europea, y cuáles deberían ser los temas en materia regulatoria que deberían tener prioridad.

Derecho de la Competencia en el mercado de Datos

Las prácticas restrictivas impiden muchas veces la entrada de nuevos competidores al mercado, limitando la capacidad de los competidores existentes para operar bajo condiciones de

igualdad y oportunidad, según la definición de Rodríguez (2021) estas prácticas pueden incluir el uso de información exclusiva, la discriminación de precios, la imposición de restricciones de interoperabilidad, el bloqueo de la entrada de nuevos competidores y la adquisición de empresas competidoras para eliminar la competencia. Estas prácticas pueden resultar perjudiciales para los consumidores, provocando aumentos de precios y una disminución en la calidad de los productos y servicios ofrecidos en el mercado, estas consideraciones han puesto en aprietos a los entes Estatales de los países de la Unión Europea y de Estados Unidos que regulan y actualizan el marco legal de competencia, en específico aquellas prácticas restrictivas de la competencia en el tema del uso de datos privados a los que las plataformas digitales tienen acceso, así como también de la protección del consumidor frente a las prácticas anticompetitivas, conforme a esta información, nace una necesidad imperante de protección y privacidad de los derechos de los consumidores en la era digital, a través de regulaciones efectivas y actualizadas que aborden las nuevas prácticas restrictivas de la competencia que surgen en el mercado digital.

Protección de datos

La protección de datos y la regulación de la privacidad, son temas que han ganado especial atención en los debates actuales sobre marcos adecuados para supervisar los ecosistemas de plataformas digitales. Ya sea para proteger los derechos individuales, para la regulación económica de los controladores de datos o una combinación de ambos, para ello, se adoptaron modelos regulatorios específicos en diferentes jurisdicciones que establecen reglas para la protección de datos personales y sus derechos asociados, como el derecho de acceso, supresión y portabilidad de los datos, y los procedimientos para mitigar los riesgos y proteger a las personas frente a las amenazas que pudieran derivarse de las actividades de tratamiento de datos.

Desde que comenzó la era digital, la protección de datos, big data y en general la privacidad de la información de los usuarios de la red han sido temas de amplio estudio. Sin embargo, el tema de la protección de la información de los usuarios resulta ser una tarea aún más complicada debido a la sensibilidad de conceptos como el derecho a la privacidad e intimidad. Por eso, al hablar de

datos, es necesario entender los factores de diversidad y efecto de red. El efecto de red se refiere a cómo un usuario de un servicio obtiene una mejor experiencia al mismo tiempo que otros usuarios también lo utilizan, lo cual no solo se limita al incremento de usuarios que ocupan una misma posición en un determinado sector, sino también a partir del crecimiento de diferentes tipos de usuarios.

En ese sentido, la protección de los datos adquiere una enorme trascendencia dado que protege el uso de los datos que tienen carácter confidencial y privado. Una manifestación de una restricción de libre competencia en el mercado electrónico es la conformación de las llamadas redes sociales, que, para efecto de este estudio, resultan ser organizaciones oligopólicas, que por su estructura hacen más difícil el surgimiento de nuevos competidores puesto que, los usuarios confían su información personal a una plataforma en la que la portabilidad de datos entre nuevos competidores no tenga la misma confiabilidad.

Es por ello que en 2014, la Unión Europea, con el propósito de evitar las prácticas anticompetitivas en esta área, aprobó la regulación de Protección General de Datos, que tiene por objeto facilitar a los clientes la transferencia de su información a otros proveedores e incluso otros competidores, fortaleciendo de esta forma el control de las personas sobre sus datos personales y puedan dar el consentimiento expreso de cómo son usados dichos datos en nuevas plataformas evitando que estas redes se conviertan en monopolios inmanejables para los entes reguladores. Por eso, la violación a la protección de datos puede resumirse en dos grandes temas:

a) El uso de algoritmos para el procesamiento de datos puede jugar un papel importante en la realización de acuerdos o prácticas restrictivas que por un lado permiten que los competidores tengan acceso a datos sustancialmente idénticos y puedan usarlos en estrategias de colusión explícitas o tácitas y por otro, que la Big Data de las empresas acumulen datos a los que otras compañías necesitan acceder para competir exitosamente

b) La recopilación de datos valiosos, únicos y no replicables puede crear barreras de entrada para poder entrar al mercado, en donde según Modrall (2018) lo importante de los

antimonopolios sobre el uso de algoritmos son más relevantes para datos de terceros rivales, que para datos únicos y no replicables.

Lo que se debe resaltar en el origen de los datos y su uso depende de la voluntad de las personas para generarlos. Esto implica que exista una intención por parte de aquellos que deseen hacer uso de las plataformas en las que se debe compartir información confidencial (The Economist, 2017). Por esta razón, en el contexto de la competencia, las conductas anticompetitivas o restrictivas, así como la privacidad de los datos, representan un desafío significativo para las autoridades encargadas de la regulación de la competencia. Un ejemplo de esto, es el caso de la fusión de Facebook y WhatsApp, que generó una alerta sobre la necesidad de realizar cambios en los marcos normativos para otorgar mayores competencias a las autoridades en la supervisión del funcionamiento de las plataformas. Estas autoridades deben contar con un espectro más amplio con el objetivo de adaptar la economía digital a las herramientas legales e instituciones necesarias para la protección del consumidor.

El caso del Parlamento Alemán es un ejemplo de cómo la Oficina Federal de Carteles ha intervenido en situaciones en las que los efectos de la red y los activos de datos desempeñan un papel importante en la economía. Esta agencia ha demostrado un interés especial en la economía de datos y ha llevado a cabo investigaciones sobre si Facebook ha abusado de su posición dominante para imponer políticas de privacidad específicas. Es importante encontrar la forma de integrar de manera adecuada los efectos dinámicos en el análisis. Sin embargo, es necesario tener cuidado para evitar una regulación excesiva que pueda limitar el avance de las nuevas tecnologías de la información y el progreso digital. Por lo tanto, las políticas deben estar enfocadas de manera que se logre el objetivo de protección establecido.

Es importante que los países de la región consideren marcos legales específicos para distintos aspectos de la economía digital relacionados con la competencia. Establecer un nuevo marco para el Derecho de la Competencia en el mundo digital es una tarea desafiante. Se plantea la posibilidad de un mercado abierto basado en la autorregulación, donde se garantice el libre acceso a los datos con una responsabilidad absoluta por parte de los usuarios que los faciliten. Un ejemplo de esto se evidenció en marzo de 2018, cuando la Comisaria Europea de Justicia, Vera

Jourová, solicitó oficialmente a Facebook una respuesta a la filtración de datos de 50 millones de usuarios hacia la empresa Cambridge Analytica en 2014. Esta filtración afectó a ciudadanos europeos que se acogen a la Ley de Datos Personales de la Unión Europea, la cual busca armonizar las sanciones por el mal uso de datos personales de europeos, estableciendo umbrales de hasta el 4% de los beneficios anuales a nivel global para las compañías involucradas (Grossman, 2015).

Lo anterior se refuerza al tener en cuenta que las plataformas móviles, que comparten los mismos protocolos, no requieren permisos para operar, ya que el apoyo del sitio web es suficiente. Por lo tanto, su regulación resulta difícil y abstracta. Por eso, trasladar la responsabilidad a los usuarios podría crear un ambiente de competencia basado en la autorregulación, como afirma Grossman. De hecho, cuando se aprueba un marco normativo, se activa un sistema de estándares que sirven como referente para las operaciones, y buscan contribuir a la innovación. Esto se debe a que la mayoría de los actores, como los desarrolladores de aplicaciones, constructores de infraestructuras y reguladores, están familiarizados con los términos del acuerdo establecido entre ellos, sin necesidad de obtener un permiso previo de las autoridades de competencia. Este cambio marca la transición de un modelo de colaboración más difuso, en lugar de uno estrictamente "punto a punto". (Grossman, 2015).

El inminente desarrollo tecnológico, generó para el mercado digital la formulación de políticas que permitan el uso correcto de datos, tal como se mencionó en líneas anteriores, lo que supone que la era digital está cambiando todas las reglas del mercado, donde el uso de la información se vuelve una acción reprochable por el Derecho de la Competencia cuando se busca manipular el mercado o evitar la entrada de nuevos competidores, generando monopolios que están sujetos a sanciones por restringir la libre competencia. Por lo tanto, en el desarrollo de los procedimientos regulatorios se produce cierta tensión entre la descentralización inherente de los sitios web y la centralización natural de muchas de las plataformas construidas sobre estos sitios.

Medidas de prevención y sanción de las prácticas restrictivas de la competencia en el contexto de la era digital en Colombia.

En Colombia, como en otros países, se han implementado diversas acciones para proteger la era digital y promover la competencia leal en este ámbito. En este sentido, el gobierno colombiano y la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) han tomado medidas para prevenir y sancionar las conductas anticompetitivas en el entorno digital, a través de la aplicación de la normativa vigente y el fortalecimiento de la investigación y vigilancia en este campo. A continuación, se describirán algunas de las acciones que se han adoptado en Colombia para proteger los derechos del consumidor y la era digital como tal, además de garantizar la competencia leal.

La ley no le otorgó a la SIC facultad jurisdiccional para determinar los perjuicios en lo concerniente a las prácticas restrictivas de la competencia, a diferencia de lo que hizo con el régimen de competencia desleal (Ley 1564 de 2012). Los procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales en todos los sectores de la economía, a excepción de la responsabilidad por producto defectuoso y de las acciones de grupo o populares, se tramitarán por el procedimiento verbal sumario, con observancia de las siguientes reglas especiales: 1. La Superintendencia de Industria y Comercio o el Juez competente conocerán a prevención. La Superintendencia de Industria y Comercio tiene competencia en todo el territorio nacional y reemplaza al juez de primera o única instancia competente por razón de la cuantía y el territorio para iniciar un proceso judicial con el fin de resarcir perjuicios en materia de protección al consumidor.

Por ende, a pesar de que la ley le da facultades a la SIC para iniciar un proceso de oficio, o a petición de parte, y abrir investigaciones administrativas a quienes infrinjan el régimen de protección a consumidores aplicando las normas de competencia, en ningún lado la normatividad establece figura que resarza los daños a los afectados por las prácticas restrictivas o *antitrust*, con el objeto de recibir una indemnización. Por el contrario, existe un régimen sancionatorio que en última instancia beneficia a la administración, ya que es quien se queda con los dineros resultantes del proceso sancionatorio, y la persona natural o jurídica que se vea afectada por esta conducta, no tiene más remedio que conformarse con la sanción impuesta para luego iniciar un proceso judicial

con el fin de esperar la consecuente indemnización, lo que hace que el procedimiento se dilate y congestione el aparato jurisdiccional.

En consecuencia, el perjudicado puede iniciar un proceso de responsabilidad civil extracontractual contra la persona o personas -naturales o jurídicas- que llevaron a cabo actos o prácticas comerciales restrictivas en el mercado electrónico, causando detrimentos patrimoniales a terceros. Es necesario dejar claro que, para elevar dichas peticiones, las afectaciones en materia de competencia deben haber influido o tenido incidencia en el mercado, afectando a consumidores o a los mismos competidores (Carrillo Z, Andrea, 2016).

En ese sentido, existe entonces el derecho natural a exigir el pago de perjuicios causados por prácticas anticompetitivas como la discriminación o colusión, la discriminación se entiende como una práctica que puede tener un impacto negativo en el mercado y la libre competencia. En Colombia, esta conducta ha sido objeto de regulación por parte del legislador, con el objetivo de proteger la libre competencia. Existen diferentes tipos de discriminación establecidos en el Decreto 2153 de 1992. La discriminación horizontal, que se encuentra en el numeral 4 del artículo 50 del Decreto en mención, se aplica para aquellos que ocupen una posición dominante dentro del campo del mercado competitivo y solo para quienes ostenten esta posición podrán ser acusados por abuso de la misma.

La discriminación horizontal se define en el numeral 4 del artículo 50 como la venta de bienes o servicios a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador, con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado. Para que se configure la discriminación horizontal, es necesario que se cumplan tres elementos esenciales: que exista una venta, que las condiciones de venta sean diferentes para distintos compradores y que la finalidad sea eliminar o disminuir la competencia.

Ahora bien, la colusión es un pacto ilícito que perjudica a terceros y se produce en los procesos de contratación pública. Es considerado un acuerdo anticompetitivo y está sancionado por el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, así como por la Ley 1474 de 2011, conocida como el Estatuto Anticorrupción, que elevó esta conducta a la categoría de delito. Sin

embargo, el problema principal radica en la aplicación y seguimiento de estas sanciones por parte del organismo encargado.

La colusión, al igual que cualquier otro acuerdo anticompetitivo, tiene grandes efectos en el mercado creado por el Estado. En el caso de la contratación pública, la competencia se traslada a otra etapa del proceso competitivo, donde las empresas compiten por obtener el contrato. Esto lleva a un resultado similar a un monopolio, ya que se maximizan los beneficios totales que los productores pueden obtener del mercado.

Es importante destacar que el texto mencionado aborda principalmente la colusión en el contexto de los procesos de contratación pública en Colombia, y señala que el problema principal no es la severidad de las sanciones establecidas, sino la aplicación efectiva de las mismas por parte de la autoridad competente (Castañeda, 2014).

Conforme a lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) impuso sanciones por más de 47 mil millones de pesos en el año 2022 por infracciones a los derechos de los consumidores. Durante el periodo de enero a noviembre, la SIC recibió un total de 51,469 denuncias por presuntas infracciones a las normas de Protección al Consumidor y al Régimen de Protección de Usuarios de los servicios de Comunicaciones y llevó a cabo 736 investigaciones por presuntas infracciones y aplicó un total de 471 sanciones en sectores como el turismo, las telecomunicaciones, las ventas en almacenes y los servicios funerarios, por incumplimiento de obligaciones y órdenes impartidas.

Las conductas más denunciadas por los consumidores en el 2022 incluyen facturación incorrecta en telecomunicaciones, terminación de contrato, falta de disponibilidad del servicio, incumplimientos en los tiempos de entrega en servicios postales, información y publicidad engañosa en espectáculos públicos, cobros indebidos en telecomunicaciones, información engañosa en comercio electrónico y turismo, entre otros aspectos.

Es importante aclarar que cuando se vea afectado de alguna forma el mercado dentro del territorio colombiano, incluyendo temas relacionados con protección de datos de empresas que estén en el exterior pero que afecten a las personas y, en particular, al mercado colombiano, la SIC adquiere competencia inmediatamente para ver estos casos y lograr una sanción acorde con la

vulneración causada. Por ende, las empresas o plataformas que manejan este tipo de datos no están exentas de tener supervisión y vigilancia cuando se trata de protección al consumidor colombiano.

Sin embargo, el problema radica en si es posible pedir indemnización por perjuicios causados por las posibles actuaciones que restrinjan la competencia de dichas empresas que manejan temas relacionados con protección de datos y redes. En principio, considero que quien se vea afectado por una práctica restrictiva de la competencia en el mercado podría pedir indemnización acudiendo a la jurisdicción ordinaria, aunque se dilate el resultado producto de la demora y exhiba carga institucional en el marco del derecho de la competencia en el país.

Por ello, algunos sectores de la doctrina consideran que, por un lado, debería fomentarse la creación de un sistema específico de aplicación del derecho de la competencia, similar al existente en países de Europa y Estados Unidos, para que las personas puedan tener una acción especial de carácter privado y acudir directamente al juez civil para reclamar su respectiva indemnización (Ortiz, 2008).

Sin embargo, la posibilidad de que sea la SIC quien tenga capacidades jurisdiccionales para el reconocimiento de los perjuicios es una propuesta interesante que debería ser revisada por el legislador con el propósito de hacer de esta posibilidad algo tangible, con el fin de brindar celeridad a estos procesos a través de jueces especializados, para que paralelamente al proceso administrativo sancionatorio, se pueda resolver sobre la indemnización a las víctimas por prácticas restrictivas de la competencia (Quinzá, 2017).

El mercado digital es una realidad que todos los países deben asumir con responsabilidad, por lo que, es importante que los entes reguladores comiencen a crear políticas específicas con el objetivo de permitir la libre competencia digital, en donde se garantice que los competidores logren sortear los retos de era digital como la protección a los consumidores del mercado electrónico, impulsando restricciones en el tratamiento de datos e imponiendo sanciones cuando se materialicen y verifiquen prácticas restrictivas de la competencia, donde prime la validez y eficacia de la normatividad sobre los presupuestos del derecho natural.

Por lo tanto, en Colombia se debería adoptar una combinación entre el modelo americano y europeo con el propósito de tener jueces especializados en esta área, para evolucionar con el

mercado global y permitir el ingreso de empresas colombianas a este mercado digital. Teniendo en cuenta que, actualmente la mayoría de las empresas que manejan el tema digital son estadounidenses, esto puede poner a los países latinoamericanos en desventaja, ya que se podrían imponer políticas arbitrarias al no existir competencia alguna que permita regular el mercado.

En cuanto a las facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) en esta área, debería existir una dependencia específica de protección al consumidor de servicios digitales, con expertos que establezcan las posibles vulneraciones en esta materia con el objetivo de establecer precedentes al respecto y así avanzar en la globalización y la regulación en el mercado digital en Colombia, en tal sentido, el uso de las tecnologías en el avance de la nueva era digital ocasiona la facilidad para minimizar los derechos de los consumidores y obtener garantías cuando estos se vean afectados.

Ahora bien, en Colombia el derecho de los consumidores y el derecho de la competencia están estrechamente, ya que ambos buscan proteger y promover un mercado justo y equitativo tanto para los consumidores como para las empresas. El derecho de los consumidores en Colombia se refiere a las normas y regulaciones que garantizan los derechos y la seguridad de los consumidores al adquirir bienes y servicios. Estas regulaciones buscan proteger a los consumidores de prácticas comerciales desleales, publicidad engañosa, productos defectuosos y cualquier otra forma de abuso hacia los consumidores.

Por otro lado, el derecho de la competencia y las prácticas anticompetitivas se enfocan en promover la libre competencia en el mercado y evitar conductas que limiten o distorsionen la competencia. Así las cosas, el derecho de los consumidores y el derecho de la competencia se complementan y se relacionan estrechamente en Colombia. Ambos buscan proteger a los consumidores y promover un mercado justo y competitivo, donde las empresas compitan de manera leal y los consumidores tengan acceso a productos y servicios de calidad a precios justos.

En ese sentido, se podrían adoptar o impulsar sistemas como el de aplicación privada del derecho de la competencia, para que los competidores afectados y los consumidores puedan acudir ante un juez especializado en temas de prácticas anticompetitivas, en busca de la reparación de perjuicios. Para ello, se podrían otorgar facultades jurisdiccionales a la Superintendencia de

Industria y Comercio, como un órgano especializado y facultado con las herramientas necesarias para determinar la existencia de una afectación en el mercado y tomar medidas tendientes a que los infractores de las normas de protección a la competencia reparen los daños y perjuicios causados a los particulares afectados. Esto sería una manifestación de lo que el derecho en esta área específica debería ser, ya que lo que es actualmente queda corto para adecuarse a este mundo globalizado.

Actos de competencia desleal en la era digital

La era digital del siglo XXI ha tenido un impacto significativo en el desarrollo del comercio interno y externo en países en vías de desarrollo, lo cual se refleja principalmente en avances tecnológicos, específicamente en aquellos negocios realizados a través de la red. Esto ha generado un aumento y evolución de la economía y comercio a nivel mundial que resulta imposible de detener y, por el contrario, es necesario regular (Centeno, 2018).

Es por ello que, el modelo económico colaborativo ha tomado gran preponderancia en la última década, donde su incorporación ha dado origen a nuevos medios de producción e ideas innovadoras que han facilitado la vida de las personas y ha estimulado el desarrollo de la economía de los Estados. Un ejemplo de ello ha sido el desarrollo de la tecnología de la información y comunicación en empresas que han desarrollado plataformas digitales mediante el modelo de colaboración, como Uber, Cabify, Beat, Airbnb y los Crowdfundings. Por primera vez, estas empresas han experimentado crecimientos y expansiones aceleradas, llegando a tener presencia en varios países en menos de 5 años, lo cual contrasta con el tiempo que les tomaba a las empresas regulares (Faruth, 2018).

No obstante, aunque la implementación de este método se ha vuelto famoso y ha sido adoptado por muchos nuevos emprendedores, algunos actores han cuestionado que esta nueva forma de comercio y comercialización de productos y servicios, afectaría los sectores económicos tradicionales. Por ende, se han desarrollado diversas controversias a nivel jurídico en las que se cuestiona si el uso de estas plataformas digitales debe ser censurado y restringido debido a que compiten de forma desleal en el mercado por sus prerrogativas, o si, por el contrario, se debe

permitir su avance en conjunto con la evolución y el desarrollo económico, por lo que, es importante explicar el alcance y significado de la economía colaborativa, y si en efecto genera actos de competencia desleal en el mercado.

Economía Colaborativa: Antecedentes, concepto y alcance en el mercado

La economía colaborativa se ha convertido en un tema relevante en los estudios económicos y sociales contemporáneos. Según Botsman y Rogers (2010), la economía colaborativa se refiere a "un sistema económico basado en redes de personas que comparten recursos y servicios, a menudo utilizando plataformas digitales, para crear nuevas formas de valor y aprovechar las capacidades de la multitud" (p. 1). Desde sus inicios, este fenómeno ha transformado la manera en que las personas interactúan en el mercado, permitiendo que los consumidores y los proveedores se conecten de manera directa y eficiente. Si bien no existe una definición unívoca de la economía colaborativa, su alcance y su impacto en la economía y la sociedad han sido objeto de discusión en diferentes ámbitos. Por lo tanto, resulta relevante analizar los antecedentes, el concepto y el alcance de la economía colaborativa en el mercado, con el fin de comprender mejor este fenómeno y sus implicaciones económicas y sociales.

El principal antecedente que conocemos sobre este tema se sitúa en la gran crisis económica de 2008, cuando los comerciantes y el mundo en general se vieron obligados a experimentar un cambio drástico que requería procesos de innovación y un cambio sustancial en el manejo de los negocios tradicionales. Todo ello con el propósito de incentivar el desarrollo y llevar la evolución del mercado a otro nivel. Con la globalización y el uso de las tecnologías de la información y comunicación, la forma de consumo cambió, trayendo consigo la creación del modelo de economía colaborativa, que tiene como objeto la colaboración recíproca, donde los empresarios y comerciantes comparten y comercializan sus bienes y servicios en función de las necesidades específicas de la comunidad. Se busca sacar el mayor provecho de un bien, producto o servicio, con la activa participación de la ciudadanía (Centeno y Galiana, 2018).

En ese sentido, aquellos productos y servicios que antes parecían inútiles o que no requerían ser usados de forma continua, pueden ser utilizados al máximo y tener una rentabilidad

que antes no se esperaba, mediante el alquiler o simplemente compartiendo un bien determinado que se encuentra en desuso (Serrano, 2017, p. 200). Así, lo que antes representaba un gasto se transforma en utilidades y fuente de ingreso para el propietario que lo pone en el mercado, disminuyendo así la demanda de ese servicio o bien en específico, evitando la superproducción y la falta de utilización de dichos bienes, que en efecto resultan ser productivos.

Por eso, empresas como Uber, Didi, Beat, Cabify o Airbnb, que funcionan como plataformas digitales de transporte y alojamiento respectivamente, son el mayor exponente de este innovador modelo, donde los propietarios, sin necesidad de tener todo un sistema integrado por hoteles o empresas consolidadas de transporte, ponen al servicio de los usuarios sus casas y carros para prestar el servicio de transporte y hospedaje, generando una competencia importante entre oferta y demanda, creando espacios de intercambio donde aquellos que quieran poner al servicio de la comunidad un bien puedan ofrecerlo a quien lo necesite, sin necesidad de contraer obligaciones con el Estado.

Estas plataformas han tenido un impacto revelador y una increíble acogida por parte de los consumidores en todos los países en los que se han desarrollado, incentivando el empleo y generando un estado de competencia permanente entre las nuevas aplicaciones y las formas tradicionales en que se conciben el mercado del transporte y la hotelería. Sin embargo, estas plataformas también han sido cuestionadas por aquellos sectores económicos tradicionales que se ven afectados, los cuales consideran que su competencia es desleal porque no cumplen con los protocolos y permisos que les exigen a las empresas constituidas, ocasionando prácticas restrictivas y desleales, que les permiten a las plataformas obtener una ventaja significativa en el mercado. Por lo tanto, es importante seguir analizando y debatiendo acerca de la economía colaborativa y sus implicaciones económicas y sociales (Serrano, 2017).

¿La economía colaborativa es un acto de competencia desleal?

La economía colaborativa, no solo ha beneficiado a las empresas y consumidores, sino que ha permitido generar, nuevas formas de empleo que llevaron a una considerable disminución de los precios en comparación con los precios normales del mercado. Sin embargo, esta nueva política

comenzó a enfrentarse con los grandes empresarios, que la veían como una amenaza para el desarrollo de sus políticas de producción y oferta de servicios (Sastre y Galiana, 2018).

De hecho, estas empresas emergentes, como Airbnb y Uber, que surgieron justo después de la crisis de 2008, están valoradas en más de 2000 millones de dólares, superando a empresas convencionales de transporte y cadenas hoteleras que llevan en el mercado más de 50 años (Thomson, 1889 citado por Barnes y Rodrigo, 2019).

No obstante, existen opositores al surgimiento de estas plataformas que han librado una feroz batalla en contra, anunciando y promoviendo su ilegalidad en diferentes países del mundo, por considerarlas violatorias del Derecho de la Competencia al ejercer actos de competencia desleal en el mercado. Por lo tanto, estas plataformas han sido declaradas ilegales en países como Italia y Francia (Faruth, 2018).

En Colombia, estas plataformas se introdujeron en el país en 2013 y tanto los gremios de transportadores como los de la industria hotelera se movilizaron masivamente con el objetivo de lograr una regulación específica que demandara las mismas condiciones en cuanto a requisitos y permisos de operación que se aplicaban a las empresas tradicionales. Esto se basaba en la afirmación de que las prácticas de estas aplicaciones violaban el derecho de competencia, al incurrir en actos de competencia desleal según el artículo 18 de la Ley 256 de 1996, donde se establece que “Se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa” (Ley 256 de 1996). Dicha norma fue usada como argumento principal para cuestionar la legalidad de plataformas como Uber, que ha sido objeto de intensos debates en el país en los últimos años debido a que representa el modelo de economía colaborativa más controvertido. El argumento en su contra se basa en que esta plataforma viola la regulación nacional para la prestación del servicio público esencial de transporte de pasajeros, al no cumplir con los permisos requeridos para operar, lo cual le otorga una ventaja competitiva significativa sobre los taxis, que sí deben cumplir con dichos requisitos. (Nieves, 2017).

Por lo tanto, el legislador, en la Ley 769 de 2002 declaró que estas plataformas, al no cumplir con los requisitos establecidos para la prestación del servicio de transporte de pasajeros,

deben considerarse ilegales, ya que constituyen un acto de competencia desleal al no asumir los costos de transacción impuestos por la regulación a los participantes del mercado. (Faruth Perea, 2018).

En un mercado formal, cualquier agente que desee ingresar al mercado regulado debe cumplir con todas las exigencias impuestas por el Estado para prestar el servicio, incluyendo el pago de todos los costos y gastos derivados de dichas obligaciones. Esto implica que, los precios en un mercado legal tienden a ser más altos que los de las plataformas que no están sujetas a estos costos, ya que los agentes que operan en el mercado regulado trasladan parte de estos costos a los consumidores.

Por lo tanto, un agente que ingrese al mercado sin cumplir con las obligaciones prestacionales impuestas en el mercado regulado, como obtener licencias, permisos y pagar impuestos, puede establecer precios considerablemente más bajos que los costos reales que enfrentaría un agente regulado. Esto le permite ofrecer el servicio a precios más bajos a los consumidores y obtener así una ventaja competitiva significativa frente a los competidores regulados.

De acuerdo con la Corte Constitucional, en el marco de la competencia entre los participantes del mercado, se considera que aquel agente que ingrese al mercado sin cumplir con las regulaciones establecidas está cometiendo un acto de competencia desleal en perjuicio del agente que sí cumple con la normativa. (Corte Constitucional, Sala Octava, Sentencia 137 de 2012).

En este sentido, se enmarca perfectamente la prohibición establecida en el artículo 18 de la Ley 256 de 1996, donde se menciona que la Superintendencia de Industria y Comercio tiene tres elementos fundamentales: (i) la infracción de una norma distinta a las contempladas en la Ley 256 de 1996; (ii) la obtención de una ventaja competitiva efectiva como resultado de dicha infracción, y (iii) que esta ventaja sea significativa.

Por su parte, el tema específico de la plataforma Uber ha sido considerado ilegal, ya que viola de forma expresa la regulación consagrada en el artículo 11 de la Ley 336 de 1996, el cual establece que, las empresas interesadas en prestar el servicio público de transporte deben obtener

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

El Gobierno Nacional establecerá las condiciones y requisitos que deben cumplir los operadores, tales como estados financieros, certificados, demostración del capital suscrito y pagado, patrimonio bruto, comprobación del origen del capital aportado por los socios, propietarios o accionistas, propiedad, posesión o vinculación de equipos de transporte, factores de seguridad, ámbito de operación y necesidades del servicio.

En ese sentido, la Superintendencia de Puertos y Transportes se ha pronunciado sobre el particular, imponiendo sanciones importantes al declarar la ilegalidad de las plataformas digitales que no cumplen con la reglamentación legal para funcionar, argumentando que "el Gobierno no puede permitir que el uso de las nuevas tecnologías contraríe la normatividad vigente en materia de transporte" (Lozano, 2018). De esta manera, Uber Colombia S.A.S. fue sancionado con una multa de \$344.727.000 por promover y facilitar, a través de medios de comunicación y publicidad, la prestación de servicios de transporte no autorizados en el país. Esto se hizo en desacato a una orden emitida por la Superintendencia de Puertos y Transporte, que exigía el cese de esta conducta ilegal (Semana, 2016).

Sin embargo, hay quienes están en contra de esta teoría y sostienen que la existencia y funcionamiento de la plataforma Uber no son ilegales, ya que simplemente cumple una función de intermediación entre quienes necesitan el servicio y quienes pueden prestarlo. Por lo tanto, los defensores de las plataformas argumentan que es necesario diferenciar entre la actividad de intermediación que desarrolla la aplicación y el servicio real que presta el conductor al usuario, ya que son actividades sustancialmente diferentes y lo que realmente existe es una actividad de intermediación entre la oferta y la demanda en el mercado de transporte. Además, la Superintendencia de Industria y Comercio ha iniciado una indagación preliminar para determinar si en efecto existe un acto de competencia desleal por parte de la plataforma (Semana, 2016).

Contrariamente a lo establecido en la teoría expuesta por las superintendencias, se argumenta que la existencia de estas plataformas genera y fomenta el empleo en el país, permitiendo a las familias obtener un ingreso extra que mejora su calidad de vida (Espectador,

2018). Además, la introducción de estas plataformas en el mercado beneficia al consumidor, ya que le brinda la capacidad de elegir un servicio más económico y con un trato humano más adecuado (Castro, 2017).

Lo único cierto es que, con relación a la legalidad de esta plataforma, es cierto que no cumple con los requisitos legales para operar. A pesar de que los propietarios de las plataformas no sean propietarios de los automóviles ni presten directamente el servicio, es gracias a estas plataformas y bajo sus reglas que los particulares brindan el servicio sin tener la autorización correspondiente para hacerlo.

En el caso concreto de Colombia, el Derecho de la Competencia se ha utilizado con el único propósito de salvaguardar el interés general y proteger el mercado, especialmente el derecho de los consumidores. Por lo tanto, es seguro que llegará el día en que el legislador deberá sentarse a regular el comercio en el mercado digital y la influencia de la tecnología en la economía y las finanzas. Esto se debe a que el uso de plataformas digitales es una ventana al futuro del desarrollo del país, y en lugar de restringir la existencia de avances tecnológicos, el gobierno debería promoverlos e incentivarlos de forma positiva para apoyar a aquellos que los desarrollan y que se benefician de ellos.

Sin embargo, es crucial que los entes reguladores empiecen a desarrollar políticas específicas para proteger a los consumidores en el mercado electrónico, implementando restricciones para salvaguardar los datos y estableciendo sanciones en casos de prácticas restrictivas de la competencia que se materialicen y se confirmen.

Por ende, han surgido diversas controversias a nivel jurídico con relación a si el uso de estas plataformas digitales debe ser censurado y restringido debido a que compiten de forma desleal en el mercado, o si, por el contrario, se les debe permitir fluir y avanzar junto con la evolución y el desarrollo económico. Considero necesario, que se regule normativamente el uso de estas plataformas para la prestación de un servicio, generando el pago de un impuesto que elimine la competencia desleal frente al transporte público autorizado. Podemos concluir entonces que la era digital abre muchas posibilidades de interacción, intercambio de conocimientos y replanteamiento de la competitividad en sus fundamentos. También permite generar nuevos

marcos de competencia y modelos organizativos de mercado y negocios. Sin embargo, la economía digital está generando fricciones con el derecho de competencia, ya que las grandes plataformas económicas están siendo objeto de estudio por sus múltiples infracciones a la normativa nacional.

Las reformas legislativas se han propuesto como herramientas para enfrentar el exceso de poder de competencia dentro de los mercados digitales, y han propuesto modificaciones significativas al contenido del derecho antimonopolio con el objetivo de alterar sus objetivos tradicionales como estándares de solución. Las soluciones institucionales propuestas han sido de carácter híbrido, combinando reglas sustantivas, derechos y principios propios del derecho de competencia con mecanismos regulatorios tradicionales a través de una instancia de intervención en el mercado y creación de políticas de competencia estrechamente relacionadas con el sistema político y económico que nos gobierna. Esto se debe a que se evidencia una influencia mixta de mercados altamente concentrados debido a la falta de leyes con control previo de concentraciones empresariales o fusiones, y sectores donde sí existe libre competencia, pero también se observan prácticas anticompetitivas y abusos de posición dominante en otros mercados.

Las disputas relacionadas con el uso de plataformas digitales y su competencia desleal en el mercado han generado la necesidad de reformas legislativas que busquen combinar el Derecho de la Competencia con mecanismos regulatorios tradicionales. Estas reformas tienen como objetivo abordar la influencia que tienen los mercados altamente concentrados y las prácticas anticompetitivas en otros sectores. Un punto importante por considerar es la entrada de agentes al mercado sin cumplir con las obligaciones legales impuestas, como obtener licencias y pagar impuestos, ya que esto puede proporcionarles una ventaja competitiva injusta, lo cual se considera competencia desleal. La Ley 256 de 1996 establece una prohibición basada en la regla de comportamiento de la competencia entre competidores. Es crucial contar con una regulación adecuada de la economía y con un papel activo por parte del Estado, que incluya la regulación de los mercados y la competencia (Álvarez y Monzoncillo, 2019).

La era digital ha traído consigo un conjunto de desafíos y oportunidades en el ámbito del Derecho a la Competencia en el mercado. El avance tecnológico y la proliferación de plataformas

digitales han transformado la forma en que las empresas y los consumidores interactúan, generando un impacto significativo en la competencia económica.

En este contexto, es fundamental contar con un marco legal y regulatorio sólido que pueda hacer frente a los desafíos específicos que plantea la era digital. Se requieren normas y herramientas adecuadas para garantizar la competencia justa y equitativa, promoviendo la innovación y protegiendo los intereses de los consumidores.

En ese sentido, al analizar si la economía colaborativa se puede entender como competencia desleal, es importante precisar que, la economía colaborativa no puede considerarse necesariamente un acto de competencia desleal. La economía colaborativa se refiere a un modelo económico en el cual las personas comparten recursos, bienes y servicios entre sí a través de plataformas digitales. Este modelo fomenta la colaboración, la eficiencia y la optimización de recursos.

Si bien es cierto que la economía colaborativa puede generar ciertos desafíos y controversias en términos de competencia, no se puede generalizar y afirmar que sea intrínsecamente desleal. La economía colaborativa ha demostrado ser una forma innovadora de aprovechar los recursos existentes y generar oportunidades económicas para una amplia gama de personas.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que algunas empresas tradicionales pueden ver a la economía colaborativa como una amenaza para su modelo de negocio establecido. Esto puede generar tensiones y conflictos, especialmente cuando la regulación y las leyes no están actualizadas para abordar adecuadamente este nuevo modelo económico.

En última instancia, la evaluación de si la economía colaborativa es un acto de competencia desleal o no depende de varios factores, como la transparencia en las transacciones, el cumplimiento de las normativas vigentes y la protección de los derechos de los consumidores. Es fundamental encontrar un equilibrio entre la innovación y la competencia justa para garantizar un entorno económico sostenible y beneficioso para todos los actores involucrados.

Además, la era digital ha ampliado la importancia de la cooperación internacional en materia de Derecho a la Competencia, dado que las empresas y los mercados digitales operan en

un entorno global, se requiere una colaboración estrecha entre las autoridades competentes de diferentes países para abordar los problemas de competencia transfronterizos de manera efectiva.

Finalmente, la era digital ha tenido un impacto significativo en el Derecho a la Competencia en el mercado. Si bien ha traído consigo beneficios como la ampliación de la competencia y la oferta de nuevos productos y servicios, también ha planteado desafíos en términos de prácticas anticompetitivas y concentración del poder económico.

Conclusiones

La era digital ha tenido un impacto significativo en el Derecho de la Competencia, generando tanto beneficios como desafíos. Por un lado, ha fomentado la competencia y la oferta de nuevos productos y servicios a través de plataformas digitales. Sin embargo, también ha dado lugar a prácticas anticompetitivas y concentración del poder económico, lo que demuestra que, es fundamental contar con un marco legal sólido que aborde estos desafíos y garantice una competencia justa y equitativa. Además, la cooperación internacional es crucial para abordar los problemas de competencia transfronterizos en un entorno digital global.

En la era digital, la evolución tecnológica ha generado un mercado electrónico complejo que plantea desafíos para el derecho de la competencia. La falta de regulación en este ámbito ha llevado a violaciones de derechos entre consumidores y competidores, lo que requiere la implementación de un sistema robusto que incorpore los principios del derecho. Es necesario contar con una regulación apropiada que prevenga prácticas anticompetitivas y proteja los derechos de los consumidores, pero que también promueva la eficiencia y el desarrollo económico.

Se han propuesto reformas legales para abordar el exceso de poder en los mercados digitales y se han planteado cambios significativos en el derecho antimonopolio. Estas reformas combinan reglas sustantivas del derecho de la competencia con mecanismos regulatorios tradicionales, creando una instancia de intervención en el mercado. Sin embargo, es importante encontrar un equilibrio para no limitar el progreso y el desarrollo económico.

En Colombia, es importante realizar un análisis comparativo de las mejores prácticas y aplicarlas en el Derecho de la Competencia en la era digital. Esto puede ayudar a identificar las medidas adecuadas que se deben implementar para abordar los desafíos específicos del mercado colombiano, donde se observa una influencia mixta de mercados altamente concentrados y sectores con libre competencia, pero también prácticas anticompetitivas y abusos de posición dominante, para ello, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) desempeña un papel crucial en la prevención y sanción de prácticas anticompetitivas. La SIC es la entidad encargada de velar por el cumplimiento de la normativa de competencia en el país, buscando garantizar una competencia justa y equitativa en el mercado.

Una de las funciones principales de la SIC es la prevención de prácticas anticompetitivas. A través de investigaciones y análisis exhaustivos, la entidad identifica posibles conductas que puedan afectar la libre competencia y tomar medidas preventivas para evitar su ocurrencia. Esto incluye la emisión de regulaciones y lineamientos que promueven la competencia y evitan el abuso de posición dominante en el mercado.

Además de la prevención, la SIC también tiene la facultad de sancionar aquellas prácticas anticompetitivas que sean detectadas. Esto implica imponer multas y sanciones a las empresas o individuos que incumplan la normativa de competencia. Estas sanciones tienen como objetivo disuadir y desincentivar la realización de conductas anticompetitivas, protegiendo así los intereses de los consumidores y promoviendo la libre competencia en el mercado.

En conclusión, el derecho comparado es una herramienta valiosa para el estudio y mejora del sistema legal, permitiendo analizar y comparar las legislaciones de diferentes países. En el caso de Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio desempeña un papel importante en la prevención y sanción de prácticas anticompetitivas, promoviendo una competencia justa y equitativa en el mercado colombiano. Su labor contribuye a proteger los derechos de los consumidores y fomentar un entorno empresarial sano y competitivo.

Referencias

- Álvarez, B. y Monzoncillo, S (2019) Derecho de la Competencia. Bogotá: Legis.
- Bocanegra, J. (2018). El cambio de pensamiento neoliberal a raíz de las crisis financieras. *Revista Internacional de Economía*, 23 (1), 45-57.
- Botsman, R., y Rogers, R. (2010). What's mine is yours: How collaborative consumption is changing the way we live. HarperCollins.
- Carrillo, P. (2016) Responsabilidad civil derivada de prácticas anticompetitivas: estudio de sus presupuestos axiológicos. *Revista de Derecho Privado*, (56), 1-30.
- Carrillo, P. (2016). Responsabilidad civil extracontractual por prácticas comerciales restrictivas en el mercado electrónico. *Revista de Derecho*, (45), 161-177.
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4728/5648>
- Castañeda, J. (2014). La colusión en los procesos de contratación pública en Colombia. *Revista de Economía Institucional*, 16, (30), 309-319.
http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972014000200010
- Centeno, J., y Galiana, M. (2018). La economía colaborativa: un nuevo modelo económico. *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, (94), 219-250.
- Código Civil [C.C.]. (1873). Ley 84 de 1873. (Colombia).
- Código General del Proceso [C.G.P.]. (2012). Ley 1564 de 2012. (Colombia).
- Código Penal [C.P.]. (2000). Ley 599 de 2000. (Colombia).
- Comisión Europea. [CE]. (2018). Competition: Commission fines four consumer electronics manufacturers for fixing online resale prices.
https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_4642

- Comisión Europea. [CE]. (2023). Preguntas y respuestas: Ley de Mercados Digitales: garantizar unos mercados digitales justos y abiertos. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/qanda_20_2349
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava. (01 de marzo de 2012). Sentencia 137 de 2012. [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto].
- Departamento de Justicia. (2019). Department of Justice and Federal Trade Commission issue new vertical merger guidelines. <https://www.justice.gov/opa/pr/departament-justice-and-federal-trade-commission-issue-new-vertical-merger-guidelines>
- Redacción Económica. (14 de diciembre de 2018). Se necesita nivelar la cancha: Uber sobre sanción de suspender licencias por 25 años. *El Tiempo*. <https://www.elespectador.com/economia/se-necesita-nivelar-la-cancha-uber-sobre-sancion-de-suspender-licencias-por-25-anos-article-829340/>
- Congreso de la República de Colombia. (12 de octubre de 2011). Estatuto del Consumidor. [Ley 1480 de 2011]. DO: 48.220.
- Superintendencia de Industria y Comercio. (2018) Regulación y Competencia en Economías Colaborativas. *Grupo de Estudios Económicos Superintendencia de Industria y Comercio*, (19), 1-29.
- Ezrachi, A. (2017). Inteligencia artificial y colusión: cuando las computadoras inhibir la competencia. <https://www.illinoislawreview.org/wp-content/uploads/2017/10/Ezrachi-Stucke.pdf>
- Ezrachi, A. (2020). Derecho de la Competencia y Economía Digital: Avances, Retos y Perspectivas. *Revista de Aplicación de las Leyes Antimonopolio*, 8(2), 159-168. <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa002>
- Perea, F. (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*, (48), 25–57. <https://doi.org/10.18601/01236458.n48.04>

- Grossman, N. (2015). White Paper: Regulation, the Internet Way. Harvard. <https://datasmart.ash.harvard.edu/news/article/white-paper-regulation-the-internet-way-660>
- Congreso de la República de Colombia. (29 de julio de 2009). Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. [Ley 1340 de 2009]. DO: 47.420
- Congreso de la República de Colombia. (18 de enero de 1998). Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal. [Ley 256 de 1996]. DO: 42.692.
- Congreso de la República de Colombia. (20 de diciembre de 1996). Por la cual se adopta el estatuto nacional de transporte. [Ley 336 de 1996]. DO: 42.948
- Congreso de la República de Colombia. (06 de julio de 2002). Por el cual se expide el Código Nacional de Tránsito. [Ley 769 de 2002]. DO: 44.932.
- Lianos, I. (2017). Derecho de la Competencia en la era de las plataformas online. *Journal of European Competition Law & Practice*, 8 (6), 371-380. <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpx037>
- Lozano, C. (2018). Multas de la Supertransporte a plataformas tecnológicas de transporte no autorizado ascienden a \$3.377 millones. Superintendencia de Transporte. <http://www.supertransporte.gov.co/index.php/comunicaciones/multas-de-la-supertransporte-a-plataformas-tecnologicas-de-transporte-no-autorizado-ascienden-a-3-377-millones/>.
- Modrall, J. (2018). Big data and algorithms: Focusing the discusión [Blog]. Oxford Law Faculty. <https://blogs.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2018/01/big-data-and-algorithms-focusing-discussion>
- Nieves, J. (2017). Uber, Taxistas y la libre competencia. *La República*. <https://www.larepublica.co/analisis/juan-manuel-nieves-r-534481/uber-taxistas-y-la-libre-competencia-2537722>

- Quinzá, I. (2017). Resarcimiento de los daños causados por carteles. *Asuntos Legales*.
<https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/ignasi-gay-quinza-2584509/resarcimiento-de-los-danos-causados-por-carteles-2584504>
- Rodríguez. L. (2021). Dificultades para determinar el mercado relevante en los casos de abuso de posición dominante relacionados con plataformas digitales. Universidad Externado de Colombia.
- Sastre, J., y Galiana, M. (2018). La economía colaborativa: un nuevo modelo económico. *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, (94), 219-250.
- Semana. (07 de marzo de 2016). Otra investigación en contra de Uber. *Revista Semana*.
<https://www.semana.com/nacion/articulo/superindustria-investigaria-a-uber/464465>
- Serrano, E. (2017). Economía colaborativa y competencia desleal. *Revista de Estudios Europeos*, 70, 197-249.
- Smith, B. (07 de enero de 2022). Estamos entrando en una nueva era, una conversación con Brad Smith, presidente de Microsoft. *El Grand Continent*.
<https://legrandcontinent.eu/es/2022/01/07/estamos-entrando-en-una-nueva-era-una-conversacion-con-brad-smith-presidente-de-microsoft/>
- Stucke, M., y Grunes, A. (2016). Big Data and Competition Policy. *Oxford University Press*.
<https://global.oup.com/academic/product/big-data-and-competition-policy-9780198788133?cc=us&lang=en&>
- Superintendencia de Industria y Comercio. [SIC]. (2022). Superindustria ha impuesto sanciones por más de 47 mil millones de pesos en lo corrido del 2022 por infracciones a los derechos de los consumidores. <https://www.sic.gov.co/slider/superindustria-ha-impuesto-sanciones-por-mas-de-47-mil-millones-de-pesos-en-lo-corrido-del-2022-por-infracciones-los-derechos-de-los-consumidores>

Superintendencia de Industria y Comercio. [SIC]. (s.f.). ¿Qué es la Protección de la Competencia?

<https://www.sic.gov.co/que-es-la-proteccion-de-la-competencia>

The Economist. (06 de mayo de 2017). Los datos están dando lugar a una nueva economía. *The*

Economist. <https://www.economist.com/briefing/2017/05/06/data-is-giving-rise-to-a-new-economy>

Velasco, B. (2021). Los retos de la economía digital y la propuesta de «Ley de mercados digitales»

de la Unión Europea <https://www.comares.com/media/comares/files/toc-136082.pdf>