LA BATALLA LEGAL DE UBER POR OPERAR EN COLOMBIA

La batalla legal de Uber por operar en Colombia

En una sentencia de 20 de diciembre de 2019, la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia ordenó el cese inmediato de la prestación de servicios de transporte a través de la aplicación Uber. La decisión, hito en ese país y pendiente de revisión en segunda instancia, establece que Uber incurrió en actos de competencia desleal. ¿Pone este precedente en jaque el desarrollo de nuevas tecnologías y aplicaciones en Colombia? Diferentes desarrollos posteriores a la decisión sugieren que este es apenas el comienzo de una batalla legal cuyo resultado es incierto.

Uber's Legal Battle to Operate in Colombia

In a 20 December 2019 judgment, the Superintendence of Industry and Commerce ordered the immediate cease of the rendering of transportation services through the Uber app. The landmark ruling, pending appellate review, holds that Uber incurred in anti-trust conducts. Does this precedent undermine the development of new technologies and apps in Colombia? Different developments subsequent to the decision suggest that this is just the beginning of a legal battle whose outcome is uncertain.

Palabras clave

Uber, Superintendencia de Industria y Comercio, Aplicaciones, Nuevas tecnologías, Régimen de competencia.

Key words

Uber, Superintendence of Industry and Commerce, Apps, New technologies, Free competition regime.

Fecha de recepción: 21-12-2019

Fecha de aceptación: 09-12-2019

INTRODUCCIÓN

En el año 2013 Uber, la conocida aplicación que opera en diferentes países y que conecta a usuarios con conductores particulares, comenzó a funcionar a Colombia. Con el tiempo logró una gran acogida: según información publicada por la propia Uber, para 2019 contaba con más de dos millones de usuarios y ochenta y ocho mil "*socios conductores*" en el país. A pesar de su presencia en el país durante varios años, y de que ha habido intentos en ese sentido, a la fecha Colombia no ha expedido una regulación que regule a cabalidad y de fondo servicios como el de Uber u otras aplicaciones similares.

En 2016, Cotech S.A. ("Cotech"), empresa prestadora del servicio de transporte particular mediante taxi, demandó ante la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia (la "SIC") a Uber Colombia S.A.S. ("Uber Colombia"), Uber Technologies, Inc. ("Uber Technologies") y Uber BV (conjuntamente, "Uber") por la comisión de presuntos actos de competencia desleal. El 20 de diciembre de 2019, la SIC, en ejercicio de facultades jurisdiccionales, profirió sentencia de primera instancia en la que ordenó el cese inmediato de la operación de Uber en Colombia (la "Sentencia"). En los días posteriores a la Sentencia, Cotech anunció públicamente que iniciaría acciones legales en contra de otras aplicaciones que prestan servicios similares a los de Uber.

Uber apeló la Sentencia, y actualmente está pendiente que sea revisada en segunda instancia por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá. Poco después de apelar la Sentencia, el 30 de diciembre de 2019, Uber envió una comunicación formal a la República de Colombia en la que anunciaba su intención de iniciar acciones legales bajo el tratado de libre comercio (capítulo sobre protección de inversiones) actualmente vigente entre Colombia y los Estados Unidos de América. Así mismo, dado que la apelación no suspende los efectos de la Sentencia, Uber anunció que dejaría de funcionar en el país a partir del 1 de febrero de 2020, y así lo hizo.

Sin embargo, de forma sorpresiva, el 20 de febrero de 2020 Uber publicó un comunicado de prensa en el que anunciaba que en la misma fecha comenzaba a "*funcionar una alternativa de la aplicación Uber*" de forma "*temporal*", bajo un modelo diferente: según Uber, la aplicación se convirtió en un "*punto de contacto*" entre solicitante y conductor, para que estos celebren en cada oportunidad un "contrato de arriendo" de vehículo con conductor, por un tiempo determinado. En los términos y condiciones a que se someten los conductores bajo esta nueva modalidad, expresamente se establece que Uber no presta servicios de transporte.

Ante lo anterior, Cotech anunció que incluiría este desarrollo en una denuncia penal presentada en enero de 2020 por fraude a resolución judicial y que iniciaría acciones para ejecutar la Sentencia. De igual forma, la Superintendencia de Transporte, entidad gubernamental, realizó un requerimiento de información a Uber, e informó que analizaría la legalidad de esta modalidad de negocio. A la fecha

Cruz Mantilla, Santiago: "La batalla legal de Uber por operar en Colombia", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 53, 2019, pp. 161-165 (ISSN: 1578-956X).

de presentación de este artículo, los resultados de esa investigación están pendientes.

En paralelo a todo lo anterior, el Gobierno ha adelantado "mesas de discusión" para acordar con los principales involucrados un proyecto de regulación que, en principio, podría someterse a discusión en el Congreso de la República a partir de la próxima legislatura, que comienza a mediados de marzo de 2020.

La Sentencia, hito en Colombia en materia de aplicación del régimen de competencia a mercados permeados por nuevas aplicaciones y tecnologías, ha sido altamente controversial, y plantea distintos elementos que merecen análisis, como pasa a comentarse a continuación.

CUESTIÓN INICIAL: COMPETENCIA DE LA SIC

La SIC es una autoridad administrativa, cuya potestad deriva del presidente de la República para, entre otros, velar por la protección de la libre competencia y los derechos del consumidor. Sin perjuicio de que, en esencia, es una autoridad administrativa, diferentes normas otorgan igualmente a la SIC facultades jurisdiccionales para conocer de, entre otros, procesos de violación de normas de competencia desleal. En estos casos, la SIC actúa como autoridad judicial de primera instancia y su decisión es apelable ante las Salas Civiles de los Tribunales Superiores del país. La Sentencia bajo análisis fue proferida en un proceso civil en el que la SIC actuó como una autoridad judicial.

LOS CARGOS DE COMPETENCIA DESLEAL PRESENTADOS POR COTECH

Cotech alegó que las demandadas incurrieron en los actos de competencia desleal de (i) haber adquirido una ventaja competitiva mediante la infracción de una norma jurídica, y (ii) desviación de clientela.

DESCRIPCIÓN DE LA SIC SOBRE LA OPERACIÓN DE UBER

Previo a entrar a analizar cada cargo, la SIC hizo una descripción de la forma en que, a su juicio, operaba Uber en Colombia. La SIC concluyó que Uber funcionaba a través de las actividades económicas —diferentes pero concatenadas— de tres sociedades. Para la SIC Uber Technology era el *host* y desarrollador de la aplicación Uber, que a su vez licenciaba a Uber BV para que esta la pusiera a disposición de los usuarios y conductores. El usuario solicitaba un viaje a través de la aplicación, la cual informaba a un conductor que estuviera en un punto cercano acerca de esa solicitud y, a su vez, el conductor que aceptara la solicitud, realizaba el transporte del solicitante del punto A al punto B indicados. La aplicación de Uber fijaba además el precio del servicio a partir de un algoritmo que tenía en cuenta la oferta y la demanda de los servicios, y el usuario podía pagar en efectivo directamente al conductor o con tarjeta de crédito —en este último caso, Uber BV recibía el dinero y luego semanalmente lo transfería al conductor—. Por su labor, Uber BV cobraba al conductor el 25 % de cada servicio prestado. La operación de Uber BV era apoyada por Uber Colombia, sociedad que, entre otras funciones, promocionaba la aplicación, revisaba el mercado y niveles de satisfacción de usuarios, y suministraba información a conductores y usuarios.

ANÁLISIS DE LA SIC SOBRE EL PRIMER CARGO: ADQUISICIÓN DE UNA VENTAJA COMPETITIVA MEDIANTE LA INFRACCIÓN DE UNA NORMA JURÍDICA

La SIC concluyó que Uber violó dos grupos de normas. En primer lugar, los artículos 9 y 11 de la Ley 366 de 1996, bajo los cuales, para la prestación del servicio público de transporte es requisito ser una persona jurídica legalmente constituida en el país y haber obtenido previamente una habilitación (autorización) para poder operar. En segundo lugar, los artículos 6 y 10 del Decreto 172 de 2001, que regulan el servicio público de transporte terrestre individual (taxi), conforme con los cuales este servicio se presta sin sujeción a rutas ni horarios, y el recorrido se establece libremente por las partes contratantes. Para la prestación de este servicio, también es requisito previo haber obtenido habilitación para operar.

En criterio de la SIC, Uber BV no era un simple prestador de servicios de tecnología, sino que prestaba el servicio público de transporte, mediante la disposición de diferentes operaciones para el traslado de personas de un lugar a otro a través de vehículos. La SIC sustentó esta conclusión en diferentes consideraciones: (i) Uber BV era el que ponía a disposición de usuarios y conductores la aplicación Uber; (ii) el usuario contra-

taba con Uber BV, al aceptar los términos y condiciones de la aplicación; (iii) los conductores, a su vez, tenían un acuerdo de servicio con Uber BV; (iv) Uber BV canalizaba las solicitudes de los usuarios hacia los conductores; (v) Uber BV determinaba el conductor que habría de prestar el servicio, la tarifa y las características de los vehículos que habrían de prestar los diferentes servicios; (vi) Uber BV realizaba el proceso de selección de los conductores que harían parte de la plataforma, previo un proceso de verificación de antecedentes; (vii) Uber BV recaudaba el dinero por concepto de los servicios de transporte y se lucraba de una parte; (viii) Uber BV generaba políticas para mantener niveles de satisfacción de los usuarios, atendía las quejas de los usuarios y ponía a disposición un sistema de calificación de cada servicio. Por último, la SIC consideró que "*sin la aplicación Uber los conductores que no cuentan con un taxi no tendrían la infraestructura necesaria para prestar el servicio, bajo el entendido que sin la aplicación difícilmente podrían entrar en contacto en tiempo real con personas que necesitan transportarse de un lugar a otro*".

Adicionalmente, la SIC expuso por qué consideraba que el servicio de Uber es equivalente al de transporte de pasajeros en taxi. A este respecto, la SIC anotó que es un servicio de transporte individual, no sujeto a rutas específicas ni horarios, cuyos recorridos son fijados libremente por los usuarios.

Sentadas las anteriores consideraciones, la SIC concluyó que Uber BV incurrió en dos violaciones de la Ley: prestar el servicio de transporte público terrestre sin ser una sociedad debidamente constituida en Colombia y no contar con la habilitación correspondiente.

Seguidamente, la SIC entró a analizar si la infracción de estas normas jurídicas le otorgó a Uber una ventaja competitiva significativa. La SIC concluyó que ese era el caso, por cuanto en Colombia el servicio público de transporte en modalidad de taxi está altamente regulado y la actuación de Uber le permitió prestar ese servicio sin acogerse a esa regulación. Entre otros, la SIC hizo alusión a los requisitos y trámites para obtener la habilitación necesaria para prestar el servicio de taxi. La empresa interesada debe presentar una solicitud formal ante la autoridad, describiendo la estructura organizacional de la empresa, los vehículos que se usarán en la prestación del servicio y los estados financieros de la empresa. La habilitación puede ser concedida o no por la autoridad, que tendrá en cuenta si es necesario que cada vehículo ingrese a la prestación del servicio público, dependiendo del porcentaje de utilización productiva del vehículo, para que no exista sobreoferta de transporte. En cualquier caso, la habilitación puede ser revisada o revocada posteriormente. Adicionalmente, las compañías de transporte deben tomar pólizas de seguro especializadas, deben destinar los vehículos correspondientes al transporte por, al menos, cinco años antes de poder solicitar un cambio de destinación, y esos vehículos están sujetos a la prestación del servicio dentro de una determinada área geográfica. Por último, el servicio de transporte a través de taxi está sometido a las tarifas que fijan las diferentes autoridades de transporte. Con su actuación, concluyó la SIC, Uber no se sometió a ninguna de estas regulaciones, cuando su deber era hacerlo.

Como comentario final, la SIC consideró que Uber Technology era responsable por el mismo cargo, ya que, al desarrollar la aplicación, licenciarla a Uber BV y compartir costos con esta por su desarrollo, su actuación fue determinante para la prestación del servicio de transporte por parte de Uber BV. En cuanto a Uber Colombia, la SIC consideró que la actividad de promoción que esta compañía realizaba en Colombia fue igualmente determinante para el perfeccionamiento de la conducta desleal.

ANÁLISIS DE LA SIC SOBRE EL SEGUNDO CARGO: DESVIACIÓN DE CLIENTELA

La SIC puso de presente que en Colombia es contrario al régimen de competencia la desviación de la clientela "*de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial*". A partir de lo anterior, y aunado a las consideraciones expuestas en precedencia, la SIC concluyó que Uber incurrió en la conducta de desviación de clientela de manera desleal, ya que actuó en contra de la buena fe objetiva al haberse extraído de la regulación del servicio de transporte en Colombia.

Órdenes proferidas

En virtud de las consideraciones expuestas, la SIC declaró que Uber incurrió en los actos de competencia desleal de desviación de clientela y obtención de una ventaja competitiva a través de la violación de normas jurídicas, y ordenó (i) la cesación

inmediata de la prestación del servicio de transporte individual de pasajeros a través de la aplicación Uber en Colombia, hasta que no se ofreciera ese servicio bajo las regulaciones aplicables; y (ii) la comunicación de la decisión a las empresas de telecomunicaciones habilitadas para operar en Colombia para que suspendieran la transmisión, alojamiento de datos, acceso a redes de telecomunicaciones o la prestación de cualquier otro servicio de intermediación en relación con la aplicación Uber.

REFLEXIONES FINALES

El cese —por ahora, temporal— de actividades de Uber en Colombia y el anuncio de potenciales acciones legales en contra de la República de Colombia son dos secuelas visibles y altamente relevantes de la Sentencia, cuyos alcances, estando aún pendiente la posible ejecución de la Sentencia y la decisión de segunda instancia, son por el momento inciertos.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sentencia invita a reflexionar acerca de algunos otros puntos. En primer lugar, el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a autoridades administrativas en Colombia. Aun cuando se presume —y, de acuerdo a información pública, las partes no han puesto en tela de juicio— la imparcialidad e independencia del funcionario de la SIC que profirió la Sentencia, no deja de ser llamativo que esta haya sido proferida por una autoridad que para bien o para mal depende del Gobierno de turno. Cabe preguntarse si la legitimidad de una decisión de esta naturaleza e importancia no resultaría mejor blindada si la hubiese proferido un funcionario judicial en propiedad. Si la respuesta a lo anterior es afirmativa, es también válido preguntarse si debería haber una modificación de las potestades jurisdiccionales de las autoridades administrativas, por ejemplo, supeditándolas a ciertas cuantías o estableciendo algún mecanismo procesal en virtud del cual las partes puedan, dada la relevancia de ciertos casos, solicitar que sean puestos en conocimiento de la jurisdicción, aun en primera instancia.

En segundo lugar, queda la duda de si este es un precedente que afectará a otras aplicaciones que prestan servicios similares a los de Uber o servicios alternativos de movilidad (bicicletas o patinetas eléctricas, por ejemplo) y que funcionan en Colombia. En la Sentencia, la SIC expresamente dejó sentado que no habría de extender los efectos del fallo a terceros, por lo que el análisis de si esas aplicaciones riñen con el régimen de competencia deberá realizarse caso por caso. Desde ya se vislumbran diferencias en los modelos de negocio de algunas de esas aplicaciones frente a Uber. Por ejemplo, algunas aplicaciones prestan conjuntamente el servicio de vehículo particular y el servicio de taxi, a elección del usuario. Cabe preguntarse si estas serían diferencias que deberían de ser tenidas en cuenta en un análisis futuro respecto de potenciales acciones legales similares a las que derivaron en la Sentencia. Pero, además, si es que esas diferencias pueden redundar en que esas aplicaciones no sean contrarias al régimen de competencia, cómo habrá de impactar esta circunstancia en la reclamación de Uber en contra de Colombia.

En tercer lugar, la reapertura sorpresiva de Uber a partir de una modalidad alternativa de funcionamiento sacude el tablero de ajedrez que es este caso, y sugiere que este es tan solo el comienzo de una dura batalla legal que Uber parece estar más que dispuesta a dar. Las implicaciones de esta movida pueden ser disímiles. Por una parte, como anunció Cotech, podrían dar lugar a nuevas acciones en contra de Uber, si se considera que este es un desacato de la Sentencia, y que se obtengan medidas aún más restrictivas en contra de la aplicación. Pero, de otro lado, cualquier análisis debe tener en cuenta la demanda de inversión iniciada contra Colombia. En el escenario internacional de inversión, podría interpretarse que Uber está tratando de mitigar los daños potencialmente sufridos a partir de la Sentencia, y medidas más gravosas en su contra podrían resultar en el largo plazo siendo argumentos en su favor. Dejando a un lado lo anterior, está por verse si surgirán demandas directas en contra de la modalidad alternativa de negocio de Uber, y si otras aplicaciones podrían eventualmente acogerse *mutatis mutandis* a este modelo de negocio.

En últimas, en el núcleo de la discusión está el clamor urgente de los involucrados para que se regulen aplicaciones como Uber en Colombia. En otras jurisdicciones, se han proferido decisiones en casos similares en el sentido de no declarar la vulneración del régimen de competencia bajo el argumento de que una habilitación para prestar el servicio de taxi no puede ser una licencia para no tener competidores o para llevar al servicio prestado a ser obsoleto. Argumentos como este habrían podido tener un rol importante en esta discusión, pero no tuvieron cabida, en parte, ante

la ausencia de regulación. ¿Son Uber y el servicio de taxi análogos? ¿Están realmente en el mismo mercado? Corresponde a cada jurisdicción dar una respuesta, pero en pro de la seguridad jurídica es deseable que esa respuesta tenga fuerza de ley y efectos generales. La solución más conveniente para esta batalla legal parece ser, sin lugar a duda, una regulación moderna que tenga como núcleo el bienestar de los consumidores.

Santiago Cruz Mantilla (*)

(*) Asociado principal del equipo de Resolución de Conflictos de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría (Bogotá).