

Título: Uber, economía colaborativa y el derecho de defensa de la competencia

Autor: Russell, Esteban

Publicado en: LA LEY 11/08/2021, 1

Cita: TR LALEY AR/DOC/2249/2021

Sumario: I. Introducción.— II. La palabra autorizada de Richard Posner.— III. El fallo del Supremo Tribunal Federal (STF) de Brasil.— IV. La opinión del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) del Perú.— V. La opinión de la Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM) del Paraguay.— VI. La opinión del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) de Chile.— VII. El caso Uber en la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay.— VIII. Algunos antecedentes locales.— IX. Conclusión.

(*)

I. Introducción

Es innegable que la economía colaborativa va tomando una importancia inusitada en nuestras vidas y es un factor definitorio del siglo XXI. Ante este nuevo fenómeno, los operadores jurídicos debemos analizar cuál es el marco normativo adecuado para regular a estos modelos de negocios.

La economía colaborativa, economía de pares o "sharing economy", se caracteriza por facilitar el intercambio de bienes y servicios entre particulares a través del uso de las nuevas tecnologías o medios digitales, enlazando la oferta y la demanda de las personas (1).

Una de las manifestaciones más claras de la economía colaborativa puede encontrarse en las aplicaciones de ride-sharing, tales como Uber, Lyft y Didi, entre otras. Así, el rol que desempeñan estos aplicativos no es el de ser empresas que prestan el servicio de transporte, sino el de ser intermediarios digitales entre el conductor y el pasajero (2).

Este trabajo intentará explicar, a través del análisis de algunos esclarecedores antecedentes, ciertas cuestiones que se han presentado en relación con las Apps de ride-sharing que tienen relevancia desde el punto de vista del derecho de la competencia y del derecho de la competencia desleal.

A continuación, estudiaremos los antecedentes seleccionados.

II. La palabra autorizada de Richard Posner

Richard Posner, uno de los padres del análisis económico del derecho, quien también tuvo un paso destacado por la magistratura de los Estados Unidos, dictó una sentencia en un caso donde se discutía si el servicio brindado a través de Uber representaba o no competencia desleal al servicio de taxis en la ciudad de Chicago.

En 2016, la ciudad de Chicago reguló la actividad de las empresas de intermediación electrónica de transporte urbano tales como Uber y similares, autorizándolas y otorgándoles un marco regulatorio propio y diferente de aquel aplicable al servicio de taxis. Esa regulación fue cuestionada judicialmente. El caso fue resuelto por la Corte de Apelaciones para el 7º Circuito de los Estados Unidos, con voto de Richard Posner.

Con la sencillez que es su marca registrada, Posner señaló en su fallo que las actividades diferentes deben ser tratadas bajo un régimen regulatorio diferenciado:

"Por razones tanto de derecho constitucional como de sentido común, productos o servicios diferentes no requieren siempre de reglas regulatorias idénticas" (3).

El párrafo transcrito sienta un paradigma esencial para comprender el problema que nos ocupa. Basado en él, el tribunal rechazó los planteos de violación al derecho de propiedad y trato discriminatorio realizados por los taxistas.

En su fallo, el tribunal profundiza en el análisis de las diferencias entre el servicio que se presta utilizando las aplicaciones de transporte y el servicio de taxis, concluyendo que se trata de modelos de negocios diferentes, y que las diferencias entre unos y otros son particularmente valoradas por los usuarios y consideradas como ventajas que gravitan en la elección de un servicio sobre el otro. El valor jurídico que busca proteger Posner aquí es la libertad de elección, de estatus constitucional en nuestro sistema (4). Señala el fallo:

"Si todos los consumidores hubieran pensado que los servicios eran idénticos y que, por ende, no existía ninguna ventaja en poder elegir entre ambos, las ERTs nunca se hubieran establecido en Chicago" (5).

Sobre la libertad de elección, el juez Posner realiza una analogía sumamente pintoresca:

"La mayoría de las ciudades y pueblos requieren que los perros, pero no los gatos, estén sujetos a un

régimen de licencias. Hay diferencias entre los animales. Los perros son en promedio más grandes, más fuertes y más agresivos que los gatos, son temidos por más personas, pueden morder seriamente a las personas, y hacen mucho ruido afuera ladrando y aullando (...). Los dueños de perros (...) preferirían que los gatos también estuviesen sujetos a un régimen de licencias, pero no plantean que la falla del gobierno en requerirle licencias al animal "competidor" prive a los dueños de perros de un derecho de propiedad constitucionalmente protegido, o bien que los sujete a una discriminación inconstitucional. Los actores en este caso no tienen un argumento más fuerte (...). Así como ciertas personas prefieren los gatos antes que los perros, ciertas personas prefieren Uber antes que Yellow Cab, Flash Cab, Checker Cab, et al. Prefieren un modelo de negocios antes que otro" (6).

En su voto, para fundamentar que el ecosistema que genera Uber y el servicio de taxis son diferentes —y que, por ende, debe aplicárseles sistemas regulatorios diferentes—, Posner señaló algunas de las siguientes diferencias entre unos y otros:

(a) Uber funciona a través de una App que requiere previa registración y otorgamiento de datos de identificación personal por parte de conductor y usuario. En cambio, los taxis circulan por las calles en búsqueda de pasajeros y recogen a aquellas personas que les hagan una señal desde la vereda. En definitiva, en el servicio de taxis no se produce en ningún momento la identificación de las partes.

(b) El pago en los Uber es digital y se realiza automáticamente a través de un sistema operativo propio, para lo cual el pasajero debe haber facilitado previamente los datos de su tarjeta de crédito en la aplicación. En cambio, el pago del servicio de taxis es en efectivo o mediante la presentación de una tarjeta de crédito al momento de pagar.

(c) Cuando se pide un Uber, el sistema operativo calcula el tiempo de espera del vehículo y el precio aproximado del viaje. Esas características no existen en los taxis.

(d) El aplicativo de Uber permite conocer la calificación que otros usuarios han realizado del conductor.

(e) Uber permite solicitar un viaje desde cualquier lugar, sin necesidad de salir a la calle. Para tomar un taxi, hay que hacerle una señal desde la vereda.

(f) Los viajes realizados en Uber son monitoreados. Los de los taxis, no (7).

Al regular la actividad de las aplicaciones de intermediación, sostuvo el tribunal, la ciudad de Chicago no violó el derecho de propiedad de los taxistas ni les otorgó un trato discriminatorio, sino que, simplemente, los expuso a nueva competencia (8).

Transcribimos un párrafo de la sentencia que sintetiza la cuestión:

"La 'Propiedad' no comprende un derecho de estar libre de competencia. Una licencia para operar una tienda de café no autoriza a su licenciatario a obstaculizar la apertura de una tienda de té. Cuando la propiedad consiste en una licencia para operar en un mercado de una manera particular, ello no acarrea el derecho a estar libre de competencia en dicho mercado. Una patente confiere un derecho exclusivo de producir y comercializar el producto patentado, pero no incluye el derecho de prevenir a un competidor de inventar un producto sustituto que disminuya las ganancias del titular de la patente, siempre que el producto sustituto no infrinja la patente. Cuando surgen nuevas tecnologías o nuevos modelos de negocios, un resultado esperable es la disminución e incluso la desaparición del viejo producto. Si existiera un derecho constitucional a impedir el ingreso de los nuevos productos en sus mercados, se detendría el progreso económico. En lugar de taxis, tendríamos caballos y carros; en lugar del teléfono, el telégrafo; en lugar de computadoras, reglas de cálculo. La obsolescencia equivaldría a privilegio" (9).

Además, agregamos nosotros, esta actitud condenaría a muerte a la innovación, siendo que esta es uno de los fines del derecho antimonopólico y de defensa de la competencia (10).

III. El fallo del Supremo Tribunal Federal (STF) de Brasil

Un fallo del Supremo Tribunal Federal brasileño ("STF") de 2019 aportó algunos conceptos sumamente interesantes en relación con la defensa de la competencia y el transporte privado contratado mediante tecnología digital (11).

El caso llevado a conocimiento del STF versaba sobre la constitucionalidad de una norma municipal de la ciudad de Fortaleza, que prohibía el uso de vehículos particulares, registrados o no en aplicaciones, para el transporte individual de personas a título oneroso, sin la debida autorización previa.

En el fallo se señaló que cuando la ley restringe los mercados de forma artificial, creando barreras de entrada a los nuevos competidores, lo que en realidad está haciendo es favorecer la dominación de los mercados, eliminando la competencia y aumentando arbitrariamente las ganancias del sector protegido (12). El fenómeno en cuestión suele ser consecuencia de lo que se conoce como la "captura del regulador":

"Cuando la ley restringe artificialmente los mercados, está, en realidad, favoreciendo la dominación de los mercados, la eliminación de la competencia y el aumento arbitrario de las ganancias. Este último factor ocurre en virtud de la fijación de tarifas manifiestamente superiores al precio de mercado, o que se verifica por el hecho de que los nuevos competidores consiguen establecerse en el mercado de transporte individual con servicios de calidad y por precios inferiores o semejantes. Todo ello en razón de la actividad de grupos de presión desplegada ante los Poderes Legislativo y Ejecutivo, en todas las esferas de la Federación" (13).

La "captura regulatoria", según la resolución que comentamos, ha sido definida como la manipulación del proceso de sanción de actos normativos, en favor de determinados grupos de intereses (en este caso, los sindicatos de propietarios de taxis), generalmente más organizados, y en detrimento de toda la sociedad (14).

De ese modo, señala el fallo, las normas restrictivas de la actividad de transporte individual son una forma de transferencia de recursos de los consumidores hacia los titulares de licencias de taxis y, de esa manera, se disminuyen las alternativas de los consumidores para favorecer a los titulares de licencias (15). Bajo dichas premisas, agrega el fallo, el Estado no puede impedir la entrada de nuevos agentes al mercado para preservar las ganancias de los agentes tradicionales, bajo riesgo de violación de los principios constitucionales de igualdad y de libre iniciativa (16).

En su voto, el ministro Fux destaca el poder disciplinador que tiene el mercado. Para ello, recurre a la opinión de especialistas (17), que sostienen que cualquier intervención pública (léase, cualquier regulación de una actividad determinada) es un testimonio del fracaso de la disciplina del mercado para controlar el desorden. Por desorden, en este contexto, debe entenderse la actuación de agentes privados para robar, imponer sobrepuestos, costos externos, etc. Bajo estas consideraciones, el ministro Fux sostiene que la exigencia injustificada de permisos y licencias para una determinada actividad constituye una barrera de entrada para los nuevos emprendedores.

En virtud de estas consideraciones, la sentencia del STF concluye que la regulación de la ciudad de Fortaleza es inconstitucional, ya que vulnera los principios constitucionales de libre iniciativa, libertad profesional, de igualdad y de libre competencia. Concretamente, dichos principios impiden acciones legislativas y administrativas que privilegien los intereses de los agentes tradicionales del mercado (taxistas) en perjuicio de los nuevos emprendedores (aplicaciones como Uber y similares) y de los consumidores (18).

En resumen, la sentencia del STF de Brasil que comentamos señala que las barreras de entrada a los nuevos competidores (v.gr. una prohibición de la actividad), lejos de traer beneficios tangibles para la población, se traducen en la concentración de ganancias en los titulares de las licencias estatales, mientras que los costos son dispersados entre toda la ciudadanía.

IV. La opinión del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) del Perú

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) peruano, a través de su sala especializada en Defensa de la Competencia, resolvió que la actividad económica realizada mediante la plataforma digital Uber no tiene las características del servicio de taxi, sino que consiste en un servicio de intermediación entre oferentes y demandantes para la realización de traslados cortos a través de medios tecnológicos (dispositivos móviles y aplicaciones) y en donde el conductor tiene un fin de lucro (19).

En atención a ello, esto es, que Uber no concurre en el mercado prestando el servicio de transporte en la modalidad de taxi y que en el mercado peruano no se encuentra regulada la modalidad de transporte que se ofrece a través de la aplicación Uber, el INDECOPI consideró que no puede exigirse a los conductores que ofrecen el servicio en cuestión acreditar la tenencia de los permisos o licencias exigidos para prestar el servicio de taxi (20).

Sin perjuicio de ello, y ante el vacío normativo existente en la materia, el organismo señaló que corresponderá a las autoridades competentes evaluar la pertinencia de dotar de un marco normativo adecuado a la actividad, pero teniendo en cuenta sus características particulares (21).

En virtud de las consideraciones precedentes, el INDECOPI consideró que era infundada la denuncia realizada por una asociación de consumidores en contra de Uber por supuesta competencia desleal.

V. La opinión de la Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM) del Paraguay

La Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM) de la República del Paraguay, recientemente dictó una Opinión en la cual emitió una serie de recomendaciones para la regulación de los servicios de transporte de personas en vehículos contratados por medio de aplicaciones digitales (22).

Consciente de que el transporte de personas en las ciudades constituye una necesidad colectiva y es, por ende, un factor determinante en el crecimiento y desarrollo económico de las urbes y el aumento del nivel de calidad de vida de los ciudadanos, y ante la presencia en Paraguay de plataformas de movilidad compartida como Muv, Bolt y Uberf, la CONACOM emitió esta valiosa Opinión cuyas conclusiones analizaremos.

Como punto de partida, el organismo paraguayo determinó dos cuestiones esenciales: (i) que la actividad desplegada por los conductores que utilizan las plataformas Uber y similares es diferente de aquella desplegada por los servicios tradicionales (taxis y remises); y (ii) que el marco regulatorio vigente no alcanza a la actividad desplegada por aquellos conductores y, por ende, no les resulta aplicable.

Luego de analizar las diferencias entre los servicios tradicionales y el transporte privado contratado mediante Apps, la CONACOM pasó a analizar si se encuentra justificada una regulación para el transporte contratado mediante Apps y, en caso afirmativo, cuál debería ser el contenido de una eventual regulación.

Si bien el organismo deja entrever que las nuevas tecnologías podrían funcionar mediante sus sistemas de autorregulación, sostuvo que, en aquellos casos en que esté justificada la regulación (cuando sea necesaria, proporcionada y no discriminatoria), la actividad debe ser regulada prestando especial atención a sus particularidades.

A continuación, transcribimos los párrafos más relevantes de las conclusiones a las que arribó el organismo:

"En ese contexto, presionados por los actores incumbentes tradicionales, afectados por la falta de información necesaria para la elaboración de políticas sectoriales, y ante el desconocimiento de los principios de regulación económica, ciertos reguladores han introducido restricciones injustificadas en los marcos normativos que regulan el servicio de transporte en vehículos privados contratados a través de aplicaciones digitales, dificultando así la competencia en el mercado de transporte urbano de pasajeros, blindando el tradicional régimen ineficiente, y afectando directamente al bienestar del usuario y general de la población, al impedir una mejora.

Por todo ello, asumiendo los beneficios de introducir nuevos agentes al sector de transporte urbano individual, es decir, permitir la competencia en el mercado y beneficios propiamente de este nuevo servicio de transporte, tanto para usuarios, oferentes, la sociedad en general y los mismos taxistas (...), la CONACOM, en cumplimiento de sus atribuciones legales como autoridad de aplicación de las leyes de defensa de la competencia, formula las siguientes recomendaciones finales:

i. En el entendimiento de que nos encontramos en presencia de una nueva modalidad de transporte, diferenciada del tradicional (taxi), que debe ser regulada acorde a sus peculiares características, las autoridades competentes deberían establecer marcos regulatorios propios para este nuevo modelo de negocio, para así, a través de reglas claras, eliminar la inseguridad jurídica e incertidumbre, de modo a incentivar la entrada y participación de nuevos agentes al mercado de transporte de pasajeros, y proteger a los usuarios;

ii. Los marcos regulatorios no deben favorecer a un grupo de competidores o imponer cargas regulatorias innecesarias a otros; deben estar basados únicamente en el interés general, y no en la rutina, los supuestos derechos adquiridos o el interés particular de determinados grupos de operadores económicos, incumbentes o nuevos entrantes, ni la nacionalidad de los mismos;

iii. La regulación debe hacerse en el marco del respeto de los derechos de libre competencia, al trabajo y a la igualdad de los habitantes, estableciendo únicamente aquellos requisitos necesarios para corregir fallas del mercado, externalidades negativas y proteger a los usuarios; es decir, se debería tener en cuenta que la regulación no es un objetivo ni un fin, sino un instrumento; por lo que, debe responder a los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación. (...)

iv. Todo esto, teniendo en cuenta que, sin competencia, los prestadores de un servicio no tienen incentivos para innovar ni para brindar un servicio diferenciado o de calidad, repercutiendo directa y negativamente en el usuario del mismo y en el bienestar de la sociedad en su conjunto.

v. Finalmente, reconociendo la dificultad de analizar el impacto de regulaciones y la formulación de políticas públicas cuando la evidencia y los datos prácticamente inexistente, cabe destacar la necesidad de relevar datos y generar información que permita a los reguladores, hacedores de políticas públicas, contar con elementos para la toma de decisiones con una visión más acertada de la realidad; por lo que, instamos a los reguladores a encarar estudios técnicos previos que permitan sustentar los marcos regulatorios sometidos a su consideración".

VI. La opinión del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) de Chile

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) de Chile rechazó las demandas deducidas por el

sindicato de taxis chileno y un grupo de taxistas en contra de Cabify, Uber e Easy Taxi, en las que acusaba a estas de haber incurrido en conductas constitutivas de competencia desleal, abuso de posición dominante y cobro de precios predatorios (23).

Sostuvo el TDLC que la operación de las aplicaciones Uber, Cabify e Easy Taxi no se encontraba regulada en Chile (24). La Corte Suprema chilena ya se había pronunciado sobre este punto, cuando sostuvo lo siguiente:

"[q]ue, como es de público conocimiento, la incorporación en Chile del uso de las aplicaciones tecnológicas Uber y Cabify, ha generado diversos cuestionamientos, los que van desde la legalidad de la actividad a conflictos generados entre los transportistas autorizados y aquellos que utilizan la aplicación como 'socios conductores'. Estos llevaron a revisar la aplicabilidad de la normativa vigente y la conclusión a la que se ha arribado la autoridad, es que la actividad no se encuentra regulada a consecuencia de lo cual se encuentra hoy en tramitación ante el Congreso Nacional una propuesta legislativa que busca regularla (...)";

"[c]omo se constató, se trata de una actividad en vías de regulación, en la que no se ha establecido el marco regulatorio que permita cotejar la legalidad o ilegalidad de la misma, ni menos aún adoptar medidas cautelares que tiendan a su prohibición, toda vez que del propio proyecto en tramitación se avizora una voluntad de regulación y no de prohibición de la actividad cuestionada, como queda de manifiesto de los extractos transcritos del mensaje del aludido proyecto y de su articulado (25)".

El TDLC resolvió que no se encontraba acreditado que Uber, Cabify e Easy Taxi hayan cometido infracciones a las normas sobre competencia desleal o que hayan tenido y abusado de una posición dominante en el mercado (26).

Es importante destacar que, para concluir que Uber, Cabify e Easy Taxi, no abusaron de una posición dominante en el mercado, el TDLC tuvo en cuenta los mercados relevantes de cada uno de los aplicativos mencionados. En el caso concreto de Uber, para analizar si este abusaba de una posición dominante, el TDLC no equiparó la actividad de Uber a la de los taxis, sino que consideró que el mercado en el que Uber se desenvuelve es el de la intermediación o interconexión tecnológica (27).

Adicionalmente, el hecho de que el TDLC haya entendido que el transporte utilizando aplicaciones no se encontraba en el mismo mercado relevante que los taxis, fundamenta que no se pueda imputar a aquellas la comisión del ilícito de precios predatorios, pues uno de sus requisitos es que el acusado realice la política predatoria de precios en el mismo mercado en que se encuentran los competidores que supuestamente la sufren.

VII. El caso Uber en la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay

La Suprema Corte de Uruguay rechazó la solicitud de declaración de inconstitucionalidad solicitada por un grupo de "permisarios" (en Argentina diríamos "permisionarios") del servicio de taxi, con relación a una norma que regula el servicio de transporte a través de plataformas en la ciudad de Montevideo (28).

El tribunal basó su sentencia en varios argumentos, pero hizo especial hincapié en la desigualdad existente entre el servicio de taxis y el servicio de transporte prestado a través de la intermediación de plataformas tecnológicas. Los demandantes argumentaban que como eran servicios iguales, los prestadores del servicio que utilizan aplicaciones debían tener una regulación igual, no más (supuestamente) laxa que la de los propietarios de los taxis.

La sentencia desarma este argumento de manera muy clara:

"Están jurídicamente justificadas las diferencias de tratamiento existentes en la regulación de la actividad de los permisionarios de taxi y los permisionarios de los vehículos contratados mediante plataformas electrónicas. Si bien es cierto que el decreto impugnado introduce una regulación de la actividad de estos últimos permisionarios que presenta una serie de diferencias respecto al régimen jurídico de la actividad prestada por los taximetrista, tales diferencias de tratamiento tienen su fundamento en la diferencia de hecho, reales, existentes entre una y otra actividad, tanto por las modalidades en que estas pueden ser contratadas, como por el diferente régimen tributario el que están sometidas (...) Las referidas diferencias, relativas a los modos de contratación del servicio, al mercado en el que actúan y al régimen tributario que están sometidos, justifican racionalmente que sea otorgado los permisionarios de los vehículos contratados mediante plataformas electrónicas un tratamiento jurídico que, en algunos aspectos, resulta diferente al conferido los permisionarios de taxis. En otros términos, lo que ha hecho el decreto atacado es tratar en forma desigual a los desiguales, y eso no supone vulnerar el principio de igualdad".

VIII. Algunos antecedentes locales

Además de los antecedentes reseñados, existe jurisprudencia nacional que merece ser mencionada.

(a) La Corte Suprema de Justicia de la Nación ratificó el rechazo de una denuncia promovida por el

Sindicato de Peones de Taxi, que había acusado a Uber de cometer diversos delitos (competencia desleal, desobediencia, entorpecimiento del tránsito, asociación ilícita, instigación a cometer delitos, etcétera) (29). La Corte Suprema confirmó la resolución que oportunamente dictó la Justicia Penal Nacional, que en primera instancia y con posterior confirmación de la Cámara de Apelaciones y la Cámara de Casación Penal, había afirmado que la actividad de Uber es "claramente lícita".

(b) Las asociaciones gremiales de taxistas cuestionaron la constitucionalidad de la Ley de Movilidad 9086 de la Provincia de Mendoza, que reglamenta el transporte por plataformas electrónicas, y su decreto reglamentario, bajo el argumento de que se violaba el derecho de igualdad ante la ley y el derecho de trabajar y ejercer industria lícita.

En sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, se determinó que el servicio que se presta a través de Uber y aplicaciones similares, por una parte, y los servicios de taxis y remises, por la otra, son diferentes y que, en virtud de ello, los conductores que ofrecen transporte a través de la app Uber tienen derecho a trabajar. Asimismo, señaló el juzgado sentenciante que la competencia trae múltiples beneficios para la sociedad (30). La sentencia fue confirmada en segunda instancia (31).

La doctrina señaló a propósito de los fallos en cuestión:

"En este caso, la Ley genera una regulación concreta para el fenómeno disruptivo, buscando contemplar ciertas características propias de la actividad, sin pretender igualarlas con otras actividades que son similares, pero no iguales.

Las sentencias que aquí se comentan dejaron en claro que la regulación específica que realiza la Ley, de forma adaptada a las particularidades del servicio brindado a través de plataformas de intermediación, no afecta el principio de igualdad, ni constituye competencia desleal (...).

Los fallos explicitan que el servicio de taxis y remises y ERTs son servicios distintos, por lo tanto, no puede existir una violación al principio de igualdad. El Tribunal entiende que la igualdad del art. 16 de la Constitución Nacional supone una "igualdad entre iguales", algo que no se advierte en el caso concreto, pues "como bien dice la norma, los taxis y remise son un transporte de interés general, más allá de que no sea considerado público (...), por ello es que por su buen y regular funcionamiento debe velar el Estado, no así respecto de los servicios de transporte de personas a través de plataforma electrónica que son calificados de 'transporte privado', respecto de los cuales solo debe tratar de que cumplan los recaudos para poder prestar el servicio" (32).

IX. Conclusión

Los antecedentes analizados dejan en claro que las barreras de entrada al transporte en vehículos privados contratados a través de aplicaciones digitales (vgr. ordenanzas municipales prohibitivas de la actividad, exigencia de permisos estatales), dificultan la competencia en el mercado (considerado de manera muy amplia) de transporte urbano de pasajeros. A través de las restricciones, se blindan los servicios tradicionales -usualmente, muy ineficientes-, afectándose el bienestar del usuario y de la población, creando barreras a la entrada artificiales que son contrarias al interés económico general.

Los marcos regulatorios no deben favorecer a un grupo de competidores o imponer cargas regulatorias innecesarias a otros, sino que deben tener como único fundamento el interés de la ciudadanía.

La introducción de nuevos agentes al sector de transporte urbano individual permite la competencia en el mercado y esto trae muchas ventajas, tanto para los usuarios de los servicios, los oferentes, y para los mismos permisionarios de los servicios tradicionales, que encuentran en la competencia un incentivo para mejorar sus propios servicios.

Las sentencias y dictámenes explicados en este trabajo nos dejan varias lecciones útiles a la hora de pensar el esquema jurídico bajo el cual queremos que funcione el transporte contratado mediante Apps en nuestro país. Damos por sentado que la discusión en torno a la legalidad de la actividad está llegando a su fin, ya que la jurisprudencia, a través de una considerable cantidad de resoluciones a lo largo de seis años, ha puesto fuerte coto a las demandas que pretendían detener el desarrollo del servicio argumentando su ilegalidad (33).

Si bien el clásico contrato de transporte regulado en el art. 1280 del Código Civil y Comercial de la Nación es un marco regulatorio suficiente para la actividad, nada impide considerar posible una regulación específica. Si así fuera, debe considerarse que esta nueva modalidad de transporte es diferente a los servicios tradicionales. Siguiendo esta premisa, la actividad debería ser regulada teniendo en cuenta sus peculiares características. De otro modo, al regular de manera igual a lo diferente, se perjudicaría al consumidor y se pondría freno a la innovación.

(A) Abogado (UBA). Presidente de Latam Tech Law Consulting LLC (Houston, Texas). Fue Subsecretario de

Finanzas de la Nación, Gerente de Legales de Movistar y Asesor Legal del ENACOM. Autor de publicaciones en Argentina, México, Inglaterra y Estados Unidos sobre las Tecnologías de la Información y Comunicaciones y su relación con los derechos humanos, la defensa de la competencia y la teoría regulatoria.

(1) "La economía colaborativa se caracteriza por ofrecer un nuevo modelo de relación social y económica entre particulares, con el objetivo de intercambiar bienes y servicios que previamente se encontraban infrautilizados, a través de las veloces y extendidas redes de los servicios de Tecnologías de la Información y Comunicaciones, y mediante la intermediación de una plataforma digital que utiliza una aplicación móvil". BIANCHI, Alberto - GALARCE, Lino, "Aproximación a la regulación de la economía colaborativa (con particular consideración al servicio del transporte)", *El Derecho, Revista de Derecho Administrativo*, septiembre de 2020, nú. 9.

(2) Del mismo modo que Airbnb no es una empresa de hotelería, ya que son los dueños de los inmuebles los que prestan el servicio de hospedaje (Airbnb es intermediaria entre estos y los huéspedes). Ver GOSALBEZ PEQUEÑO, Humberto, "Régimen Jurídico del Consumo Colaborativo", Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, p. 131.

(3) En inglés, en el original: "Different products or services do not as a matter of constitutional law, and indeed of common sense, always require identical regulatory rules" (Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Séptimo Circuito (United States Court of Appeals for the Seventh Circuit), sentencia del 07/10/2016, "Illinois Transportation Trade Association, et al. v. City of Chicago, Dan Burgess, et al."). La traducción transcripta pertenece a SEREBRINSKY, Diego, "El caso Uber en los Estados Unidos: un fallo ejemplar sobre el derecho de los consumidores a la libertad de elección", AR/DOC/3732/2016.

(4) Dice el artículo 42 de la Carta Magna: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno".

(5) En inglés, en el original: "If all consumers thought the services were identical and that there was therefore no advantage to having a choice between them, TNPs could never have gotten established in Chicago" (La traducción me pertenece).

(6) SEREBRINSKY, Diego, ob. cit.

(7) Conf. HERNÁNDEZ, B, "Análisis de la legalidad de Uber desde la jurisprudencia y la doctrina", *El Derecho*, 09/10/2020, Nº 14.950, Año LVIII, ED 289.

(8) En inglés, en el original: "the City is not confiscating any taxi medallions; it is merely exposing the taxicab companies to new competition-competition from Uber and the other TNPs." ("la Ciudad no está confiscando ninguna licencia de taxis; solo está exponiendo a las compañías de taxis a nueva competencia-competencia de Uber y las demás ERTs"). La traducción me pertenece.

(9) En inglés, en el original: "Property" does not include a right to be free from competition. A license to operate a coffee shop doesn't authorize the licensee to enjoin a tea shop from opening. When property consists of a license to operate in a market in a particular way, it does not carry with it a right to be free from competition in that market. A patent confers an exclusive right to make and sell the patented product, but no right to prevent a competitor from inventing a non infringing substitute product that erodes the patentee's profits. Indeed when new technologies, or new business methods, appear, a common result is the decline or even disappearance of the old. Were the old deemed to have a constitutional right to preclude the entry of the new into the markets of the old, economic progress might grind to a halt. Instead of taxis we might have horse and buggies; instead of the telephone, the telegraph; instead of computers, slide rules. Obsolescence would equal entitlement".

(10) La literatura sobre la innovación tecnológica como uno de los fines del Derecho de Defensa de la Competencia es inabarcable. Cfr., por ejemplo, HOVENKAMP, Herbert, "Competition for innovation", en la que fue su Milton Handler Lecture ante la City Bar of New York, febrero 23, 2012, luego publicada como un trabajo de investigación de la Universidad de Iowa, Legal Studies Research, Paper Núm. 13-26, Julio, 2013; cfr. adicionalmente BAKER, Jonathan, "Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation" (2007), *Articles in Law Reviews & Other Academic Journals*, Paper 276; y también WU, Tim, "Taking Innovation Seriously: Antitrust Enforcement If Innovation Mattered Most", *Antitrust Law Journal*, vol. 78, P. 313, 2012 (2012).

(11) Fallo plenario del STF de Brasil, "Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 449 Distrito Federal", 08/05/2019, BR/JUR/1/2019.

(12) Voto del Sr. ministro Luiz Fux.

(13) En portugués, en el original: "Quando a lei restringe mercados de forma artificial, está, na realidade, favorecendo a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. Este último fator ocorre pela fixação de tarifas manifestamente superiores ao preço de mercado, o que se verifica pelo fato de que novos concorrentes têm conseguido se estabelecer no mercado de transporte individual com serviços de qualidade e por preços inferiores ou semelhantes. Tudo isso em razão da atividade de grupos de

pressão perante os Poderes Legislativo e Executivo, nas mais variadas esferas da Federação".

(14) BÓ, Ernesto dal, "Regulatory capture: a review", *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 22, nº 2, 2006, ps. 203-225, citado en el voto del Sr. ministro Luiz Fux.

(15) Conf. SEREBRINSKY, Diego, "Sobre la legalidad de la app Uber: dos fallos del Supremo Tribunal Federal de Brasil", *LA LEY*, 21/10/2020.

(16) Conf. SEREBRINSKY, Diego, ob. cit.

(17) SHLEIFER, Andrei, "Understanding Regulation", *European Financial Management*, Vol. 11, Nº 4, 2005, p. 444, citado en el voto del Sr. ministro Luiz Fux.

(18) Conf. SEREBRINSKY, Diego, ob. cit.

(19) Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Sala Especializada en Defensa de la Competencia, 05/08/2020, Resolución 0084-2020/SDC-INDECOPI, Expediente 0105-2018/CCD.

(20) Párrs. 112, 113 y 114.

(21) Párr. 115.

(22) Opinión D/RD Nº 01/2021, 14/01/2021. La resolución se encuentra disponible en el siguiente enlace: <https://www.conacom.gov.py/noticias/la-conacom-emite-recomendaciones-para-la-regulacion-de-los-servicios-de-transporte-de-pe>

(23) TDLC, Sentencia Nº 176/2021, 15/03/2021, autos rol C Nº 319-17.

(24) Consid. 54º y cctes.

(25) Excma. Corte Suprema de Chile, Recurso de Protección, Rol Nº 10210-2017, 31/07/2017, c. 2º y 3º, citado en TDLC, cit., Considerando Nº 55.

(26) Consids. 40, 69, 73, 78, 99 y cctes.

(27) Consids. 88, 99 y cctes.

(28) Sentencia del 23 de diciembre de 2019, "Alderotti Roque y otros c/ Gobierno Departamental de Montevideo - Acción de Inconstitucionalidad - Decreto de la Junta Departamental de Montevideo N. 36.197 de fecha 15 de diciembre de 2016- IUE 1242- 2018".

(29) CS, "Recurso de hecho deducido por el Sindicato de Peones de Taxis de la Capital Federal en la causa Uber y otros s/ incidente de recurso extraordinario", 14/08/2018.

(30) TGestión Asociada, Nro. 4, Mendoza, "Asociación de Propietarios de Taxi de Mendoza (A.PRO.TA.M.) c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ Acción de Amparo", 14/05/2019.

(31) C1aCiv., Com., Minas, Paz y Trib., Mendoza, "Asociación de Propietarios de Taxi de Mendoza (A.PRO.TA.M.) C/ Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ Acción de Amparo 104545572", 28/10/2019, TR LALEY AR/JUR/42152/2019.

(32) CUERVO, Rodrigo, "Mendoza y la regulación de Uber. Un buen camino para las innovaciones tecnológicas disruptivas", *LLGran Cuyo* 05/05/2020, AR/DOC/1328/2020.

(33) LANZA CASTELLI, C., "¿Estamos llegando al fin de la discusión sobre la legalidad de Uber?", 03/03/2021, [Abogados.com.ar](https://abogados.com.ar),

<https://abogados.com.ar/estamos-llegando-al-fin-de-la-discusion-sobre-la-legalidad-de-uber/27822>. También ver la nota al pie número 63 de BOULIN, I - GOMEZ, L., "Uber y la libertad de expresión en Internet", *LA LEY*, 26/05/2021, 1.