

Segunda parte

Discursos de ascenso e ingreso como miembros de la Academia Colombiana de Jurisprudencia



Revista de la Academia
Colombiana de Jurisprudencia
julio-diciembre, 2024

RETOS DE LA ECONOMÍA DIGITAL PARA EL DERECHO*

Manuel Alberto Restrepo Medina**
Académico de número

Resumen: El texto comienza con la presentación de las principales características de la economía digital, que permiten darle contexto a la problemática abordada, para pasar luego a su objeto central, consistente en la identificación de las implicaciones más relevantes que aquella está generando en el derecho laboral, el derecho tributario y el derecho comercial. Para este efecto se hizo una revisión de la literatura disponible sobre la materia, empleando como descriptores de búsqueda los términos “economía digital” y “derecho y economía digital”, tras cuya revisión y análisis se evidenció que, en esos ámbitos, se impone la necesidad de regular los derechos de los trabajadores de plataformas, incluyendo los aspectos relacionados con el uso de datos, la fiscalidad, dada la reducción de la base fiscal y recaudatoria de los gobiernos por la extensión de la actividad económica de las plataformas, así como lo relativo a la competencia empresarial injusta que está siendo ejercida por los beneficiarios de las economías digitales sobre las empresas y sectores convencionales.

Palabras clave: Economía digital; plataformas; economía colaborativa; ecosistema digital.

* Trabajo presentado en sesión del 7 de marzo de 2024 para el ascenso a “Miembro de número” de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Una versión preliminar del mismo fue publicada en el libro *Derecho y economía digital*, Universidad del Rosario, 2024.

** Abogado. Especialista en Legislación Financiera. Magíster en Estudios Políticos. Magíster en Derecho Administrativo. DEA en Derecho Procesal. Doctor en Derecho. Profesor emérito y director de la Escuela Doctoral de Derecho de la Universidad del Rosario. Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, ORCID 0000-0003-1097-8353.
Contacto: manuel.restrepo@urosario.edu.co

CHALLENGES OF THE DIGITAL ECONOMY FOR THE LAW

Abstract: The text begins with the presentation of the main characteristics of the digital economy, which allow to give context to the problem addressed, to then move on to its central objective, consisting of the identification of the most relevant implications that it is generating in labor law, tax law and commercial law. To this end, a review of the available literature on the subject was carried out, using the terms “digital economy” and “law and digital economy” as search descriptors, after which review and analysis it was evident that, in these areas, there is a need to regulate the rights of platform workers, including aspects related to the use of data, taxation, given the reduction of the fiscal and tax base of governments due to the extension of the economic activity of the platforms, as well as matters related to the unfair business competition that is being exercised by the beneficiaries of the digital economies over conventional companies and sectors.

Keywords: Digital economy; platforms; collaborative economy; digital ecosystem.

Introducción

La revolución digital ha transformado la economía en la manera de producir y consumir, hacer negocios y realizar intercambios colaborativos, a una velocidad inusitada de cambio, producto de la naturaleza exponencial de los avances tecnológicos, cuya base está en el comercio electrónico y los pagos digitales, gracias al empleo masificado de plataformas digitales.¹

Esa transformación de la economía trae aparejados desafíos e impacta al derecho, del cual se reclaman respuestas en escenarios tan diversos como el propiamente comercial, en ámbitos como los de la libre competencia o los derechos de los consumidores, el laboral, el tributario, el penal y hasta el constitucional, para no hacer referencia sino a los más evidentes.

Esos retos comienzan por la definición de la necesidad de regular la economía digital, cuestión que no es para nada pacífica, pues quienes la defienden argumentan que se requiere para garantizar la protección y seguridad de los consumidores, evitar el *dumping* social, así como garantizar una competencia justa,² mientras que otros sostienen que los

¹ Sergio PAZ, *Economía digital: el futuro ya llegó* (Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, Unidad de Publicaciones del Departamento de Economía y Administración, 2021). <http://ridaa.unq.edu.ar/handle/20.500.11807/2990>

² Stephen MILLER, Transferable Sharing Rights: A Theoretical Model for Regulating Airbnb and the Short-Term Rental Market, 24 oct. 2014. <http://ssrn.com/abstract=2514178>

efectos negativos que puede acarrear la regulación son más costosos que los fallos del mercado a las que se enfrentan.³

Hasta el momento, como lo señala Molina,⁴ las respuestas de los gobiernos a la economía digital y de plataforma han sido generalmente de alcance limitado, reactivas, y se han concentrado en gestionar los efectos secundarios en lugar de intentar proveer un marco general para el desarrollo de la economía digital que limite sus efectos sociales, potencialmente negativos, sin menoscabar su capacidad para generar innovación y riqueza. Con esto no se quiere significar que no haya una base legal para que la economía digital pueda operar, como sucede en el caso colombiano con la Ley 527 de 1999, pero se trata de normas meramente instrumentales que facilitan el comercio digital, que no tienen el alcance que Molina reclama.

Por lo anterior, persiste la demanda por una regulación de la economía digital, que se ha concentrado principalmente en tres ámbitos: los derechos de los trabajadores de plataformas, incluyendo los aspectos relacionados con el uso de datos; la fiscalidad, donde los gobiernos ven en la extensión de las plataformas un mecanismo que reduce la base fiscal y recaudatoria, y la competencia empresarial injusta ejercida por las plataformas sobre las empresas y sectores convencionales.

Pasemos a identificar ahora las principales implicaciones que la economía digital está generando en el derecho laboral, el derecho tributario y el derecho comercial, para cuyo efecto se hizo una revisión de la literatura disponible sobre la materia empleando como descriptores de búsqueda los términos “economía digital” y “derecho y economía digital”.

Algunas consideraciones de caracterización de la economía digital

De manera relativamente reciente, la producción de bienes y servicios ha pasado de ser gestionada a través de un modelo de empresa fordista a su prestación por medio de plataformas digitales, que ha recibido

³ Darcy ALLEN y Cris BERG, *The sharing economy. How over-regulation could destroy an economic revolution*. Institute of Public Affairs (Australia: Bergallen, 2014). [BERGALLEN_The-Sharing-Economy-Institute-of-Public-Affairs-2014.pdf](#) (chrisberg.org)

⁴ Óscar MOLINA, “La regulación en la economía digital: un análisis comparativo del empleo y las relaciones laborales en Alemania, Francia y el Reino Unido”, en *Economía digital y políticas de empleo*, coordinador Fausto Miguélez, 106-130 (Barcelona: Centre d’Estudis Sociològics sobre la Vida Quotidiana i el Treball – QUIT Institut d’Estudis del Treball Universitat Autònoma de Barcelona, 2019).

distintas denominaciones, aunque la más reconocida es la de “economía digital”, término acuñado por Don Tapscott en 1995.⁵ Para este autor la nueva economía está basada en la digitalización, en la medida en que la información, que en la vieja economía se basaba en objetos o relaciones físicas, se puede transformar en *bits*, que son almacenables, transformables y distribuibles por todo el mundo a gran velocidad.

Ese cambio de lo analógico a lo digital ha producido una transformación de los negocios a una economía del conocimiento, en la cual una creciente proporción del valor agregado proviene de la capacidad mental y no de la física, donde la inmediatez es su característica más relevante. Y en ese proceso, anclado en el uso de la tecnología, dice Tapscott, parece haber consenso en torno a que debe ser el sector privado quien lo construya, mientras que los gobiernos actúen como árbitros que protegen los intereses públicos sin intentar controlar o regular en exceso.⁶

Ese tránsito hacia la economía digital ha implicado ir mutando de un modelo caracterizado por

... la concentración de un gran número de trabajadores en un centro de trabajo físico con una estructura organizativa jerarquizada en la que la figura del empleador era fácilmente delimitable, a una segunda etapa caracterizada por un modelo de empresa descentralizada en la que la mayor parte de sus fases productivas se externalizan a terceros ajenos (ya se trate de otras empresas o de trabajadores autónomos) con el fin declarado de reducción de costes y maximización del beneficio; y por último, en la actualidad, nos encontramos en un tercer estadio, el mercado abierto, en el que confluyen nuevos modelos de negocio basados en las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) y en los que los límites entre prestadores de servicios, usuarios y empresarios son extraordinariamente móviles.⁷

Los nuevos modelos de negocio de la economía digital potencian su alcance mediante la utilización de las TIC, que las revisten de características que

⁵ Don TAPSCOTT, *La economía digital. Promesas y peligros de la inteligencia en redes* (Bogotá: McGraw-Hill, 1996).

⁶ *Idem*.

⁷ Esther GUERRERO-VIZUETE, “La economía digital y los nuevos trabajadores: un marco contractual necesitado de delimitación”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n.º. 6, 1 (2018): 195-218.

les facilitan su rápida expansión e internacionalización; de ahí que Laudon⁸ atribuye a este tipo de servicios las siguientes características:

- a. la ubicuidad, referida a la posibilidad de alcanzar a los potenciales consumidores en cualquier tiempo y lugar;
- b. el alcance global, entendido como la ruptura de los límites geográficos para la comercialización de un determinado producto o servicio;
- c. los estándares universales a nivel tecnológico que facilitan la interacción con diferentes latitudes;
- d. la incorporación del formato multimedia –texto, audio y video–;
- e. la interactividad entre proveedores y consumidores;
- f. la mayor densidad de la información actual a menores costos;
- g. la personalización de los servicios a grupos o individuos conforme a sus características o a sus gustos y preferencias;
- h. las interacciones con las comunidades digitales, conforme al nuevo modelo social que impera en el mundo digital.

La economía digital se desarrolla en varios formatos de intermediación, y sus principales modalidades son la economía colaborativa, la economía bajo demanda y la economía de acceso.⁹

La **economía colaborativa** consiste en el uso de plataformas para crear un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos por particulares, en el cual el papel de la plataforma es el de poner en contacto al proveedor del bien o prestador del servicio con el prestatario, por cuya razón puede haber o no el pago de una contraprestación.

La **economía bajo demanda** o economía *gig*, consiste en el desarrollo de una actividad por parte de un sujeto que atiende el requerimiento de suministro de un bien o prestación de un servicio de un usuario que lo solicita a cambio de una contraprestación, cuya característica es la existencia de un numeroso grupo de personas dispuestas a realizar el encargo y un correlativo potencial de usuarios que pueden requerir su realización, cuyo contacto es facilitado por la plataforma.

⁸ Kenneth LAUDON, *E-commerce: negocios, tecnología, sociedad* (Ciudad de México: Pearson Educación de México, 2011).

⁹ GUERRERO-VIZUETE, “La economía digital y los nuevos...”, 199-203.

En la **economía por acceso**, una empresa con un fin comercial proporciona a sus usuarios un bien de carácter temporal mediante el empleo de una plataforma digital. A diferencia de los otros dos casos, aquí la plataforma interviene directamente como medio de contacto entre el proveedor y el cliente, por lo que las implicaciones que se plantean provienen más desde la protección del usuario como consumidor.

De los principales desafíos que las distintas modalidades de intermediación de la economía digital generan en el derecho laboral, el derecho tributario y el derecho comercial se ocuparán los siguientes apartados.

Desafíos de la economía digital sobre el derecho laboral

El rápido crecimiento de la economía digital y su impacto en los mercados de trabajo y sistemas de relaciones laborales se ha producido en gran medida aprovechando vacíos legales. Esto ha permitido la proliferación de actividades y formas de organización que no existían hasta el momento, y ha tenido un carácter fuertemente disruptivo.¹⁰

De acuerdo con Guerrero,¹¹ la afectación que la economía digital genera sobre las relaciones laborales, y que impacta por consiguiente al derecho laboral proviene

... por un lado, [de] la inmediatez y relativa facilidad con que los potenciales clientes pueden acceder a los bienes y servicios canalizados a través de plataformas digitales y por otro, [d]el amplio colectivo de prestadores de servicios que pueden facilitarlos encuadrados en un régimen de flexibilidad hasta ahora poco explorada.

La flexibilidad viene dada porque la prestación del servicio puede ser periódica u ocasional, de forma profesional o no, con dedicación de tiempo completo o de tiempo parcial, como un medio para mejorar los ingresos o como una palanca para la expansión de la oferta de bienes y servicios, de manera deslocalizada y apoyada en el uso de la tecnología, todo lo cual acarrea una ampliación de la oferta de servicios, una mejor adaptación a las necesidades de los consumidores y una reducción en los precios; no obstante, a la vez plantea el interrogante de la existencia de una relación laboral entre la persona que presta sus servicios y la plataforma.

¹⁰ MOLINA, “La regulación en la economía...”, 126.

¹¹ GUERRERO-VIZUETE, “La economía digital y los nuevos...”, 197.

Esta pregunta de si a los trabajadores de las plataformas se les debe considerar como empleados o trabajadores independientes es clave para el objeto de este escrito, en la medida en que aquellos disfrutaban de una serie de derechos que conllevan unas determinadas obligaciones fiscales para los empleadores, que no se dan en el caso de considerarse que se trata de una relación mercantil de externalización, y de ser esta la respuesta a la pregunta, cabe plantearse por los requisitos que les serían exigibles como prestadores de servicios y por la responsabilidad ante los consumidores por los servicios prestados.¹²

Guerrero¹³ propone para resolver este interrogante determinar la existencia de dependencia o subordinación como elemento estructurador del vínculo laboral, en el sentido de establecer si el prestador del servicio está sometido al círculo rector, organicista y disciplinario del empresario, porque este determina continuamente la forma en que aquel ha de desarrollar su actividad para que se logren los objetivos empresariales, de tal modo que el trabajador está en la obligación de cumplir con las órdenes e instrucciones que le son impartidas para tal efecto, o si se trata de encargos genéricos que el prestador del servicio realiza como le parece oportuno.

En ese orden de ideas, la discusión está en torno a la prevalencia de la libertad de prestación que emana de la flexibilidad vs. el cumplimiento de las órdenes e instrucciones del empresario en un horario flexible, cuya respuesta puede estar en si el prestador del servicio percibe directamente y no de la plataforma la retribución por sus servicios, que actúa como intermediaria a cambio de una comisión, o si es quien asume los riesgos, favorables o adversos, que se deriven de su actividad, como la negativa de un cliente a pagar por un determinado servicio, y si los medios de producción son suyos.

Así, no habría relación laboral, si el prestador del servicio lleva a cabo la actividad económica a título lucrativo de manera directa por fuera del ámbito de dirección y organización de la plataforma digital. Si bien podría pensarse que los trabajadores digitales no tienen una relación laboral con las plataformas, porque son ellos quienes deciden voluntariamente

¹² Karolien LENAERTS, Mirsolav BEBLAVY y Zachary KILHOFFER, Government Responses to the Platform Economy: Where do we stand? *CEPS Policy Insight*, 27 jul. 2017. <https://www.ceps.eu/ceps-publications/government-responses-platform-economy-where-do-we-stand/>

¹³ GUERRERO-VIZUETE, “La economía digital y los nuevos...”, 205.

registrarse en ellas, aceptando mediante su adhesión las condiciones que tienen establecidas para el desarrollo de esa actividad, si estas establecen un nivel de exigencia y especificación tales que controlan significativamente la actividad del prestador, se estaría frente a una laboralidad encubierta.

En ese sentido, Sánchez Bayón¹⁴ señala que la economía bajo demanda se ha prestado para que a los prestadores de servicios se les impongan condiciones abusivas, que hacen evidente su dependencia de la plataforma digital y, por ende, la existencia de una relación laboral encubierta, cuya remuneración está muy por debajo de su cualificación, bajo una falsa promesa de futura mejora y de que otros vendrán a asumir la sobrecarga; por lo cual, como señala Doz,¹⁵ se hace necesario redefinir el concepto de subordinación jurídica de cara a la dependencia económica de los trabajadores y garantizar los derechos laborales con independencia de los formatos que adopte la actividad.

La dificultad para establecer la dependencia o subordinación se deriva, para Doz, de que el régimen jurídico de las relaciones laborales por Internet es deliberadamente confuso, al permitir modalidades de trabajo precario, que son organizadas a través de intermediarios que desdibujan su situación laboral al catalogarlos como contratistas independientes, asociados, colaboradores, encargados de la tarea, desprovéyéndolos de los beneficios de la afiliación a la seguridad social, y sin que sean trabajadores por cuenta propia, porque no tienen la capacidad para definir tareas, establecer tarifas o poseer la titularidad de la propiedad intelectual producida.

En esa medida, en los ámbitos de los trabajadores en régimen de externalización abierta con relaciones de empleo precarias y variables se necesita la protección expresa del ordenamiento jurídico para garantizar la salud y seguridad en el trabajo, la protección social, la libertad de asociación y la negociación colectiva, la estabilidad frente a despidos de facto, el derecho a una remuneración salarial digna, el derecho a rechazar el trabajo ofrecido con poca antelación sin penalización y la titularidad de la propiedad intelectual.

¹⁴ Antonio SÁNCHEZ-BAYÓN, Medidas de economía de bienestar que destruyen empleo en la economía digital. *Semestre Económico*, n.º. 23, 55 (2020): 87-112.

¹⁵ Javier DOZ, La economía digital desde la perspectiva del Comité Económico y Social Europeo. *Gaceta sindical: Reflexión y debate*, n.º. 27 (2016): 129-148.

Justamente, para detectar la ocurrencia de una laboralidad encubierta, la Comisión Europea ha señalado que son indicios de control de la actividad subyacente por parte de las plataformas la fijación del precio final que deba pagar el usuario, la fijación de las condiciones y términos que determinan la relación contractual entre el prestador y el usuario y la propiedad de los activos clave para prestar el servicio subyacente.

En criterio de Dittrich¹⁶ otro tema emergente que está ganado peso en el contexto de las transformaciones tecnológicas y las relaciones de empleo es el de la privacidad y el uso de información por parte de los empresarios para tomar decisiones en relación al empleo. Se trata no solo de proteger la privacidad de los trabajadores, sino del uso de estos datos que hace la empresa. Esto incluye, por ejemplo, la utilización de algoritmos en aspectos relacionados con la organización del trabajo o la evaluación del rendimiento que, a pesar de ser en principio eficientes, pueden perpetuar la discriminación y aumentar el desequilibrio de poder en la empresa.

Finalmente, relacionada con la problemática del empleo se encuentra la de la fiscalidad, por cuanto el sistema de seguridad social deja de percibir ingresos de aquellos trabajadores independientes cuyos aportes no son realizados por las plataformas, a no ser que se establezcan mecanismos que faciliten y garanticen el pago de cuotas por parte de ellos. Lo cual no solo impacta negativamente en todo el sistema de protección social, sino que comporta una menor protección para los trabajadores de plataformas.¹⁷

Siguiendo a Evans y Byhovskaya,¹⁸ frente a los retos que le plantea la economía digital, se requiere que el derecho laboral haga una promoción de las relaciones laborales con un enfoque basado en los derechos, que permita extender los derechos y prestaciones a todos los trabajadores, independientemente del tipo de contrato laboral suscrito, y fortalecer las redes de cobertura social para los trabajadores de la economía de plataformas, garantizando una cobertura similar a la del resto de trabajadores en

¹⁶ Paul-Jasper DITTRICH, *Online platforms and how to regulate them: an EU overview, Policy Paper*, n.º. 227 (2018). EZ_JDI_OnlinePlatforms_Dittrich_2018_ENG.pdf (bertelsmannstiftung.de)

¹⁷ Rodrigo CASTRO-SALAZAR, 2019. *Los desafíos fiscales de la economía digital*. <https://repositorio.ulacit.ac.cr/bitstream/handle/20.500.14230/9253/043587.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹⁸ John EVANS y Anna BYHOVSKAYA. “La gestión de la economía digital, hacia un cambio tecnológico abierto, equitativo e inclusivo: una perspectiva sindical”. *Gaceta sindical: Reflexión y debate*, n.º. 16 (2016): 107-118.

lo que respecta a los riesgos para la salud, de discapacidad, pensiones y desempleo.

Desafíos de la economía digital para el derecho tributario

La realización de transacciones comerciales con intangibles, valiéndose de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, plantea retos al derecho tributario porque el funcionamiento de los sistemas tributarios está basado en hechos imponderables sobre bienes y servicios tangibles, cuando el comercio electrónico ocurre en el ciberespacio, que no tiene una realidad física, se deslocaliza rápidamente y donde su objeto no recae tanto sobre bienes y servicios físicos, sino sobre servicios que se pueden prestar de forma íntegra a través de la red de Internet.¹⁹

En esa medida, los sujetos pasivos de derecho tributario y en especial las multinacionales se han visto altamente beneficiados por la posibilidad de proveer bienes y servicios a un espectro más amplio de clientes por medio de la web, y muchas veces estas actividades comerciales digitales se realizan en países donde los sujetos pasivos no cuentan con presencia física o legal, lo cual dificulta la determinación de la base gravable y el posterior recaudo respectivo, del cual son titulares los distintos Estados, como sujetos activos de la obligación tributaria.²⁰

Teniendo en cuenta ese contexto, Ibáñez²¹ sistematiza los problemas que surgen de la economía digital en cuatro agrupaciones que corresponden al nexo, la data, la caracterización y el IVA cibernético.

- ♦ Dentro de la categoría denominada Nexos, se encuentran la clasificación y localización de la renta, la determinación de la residencia del contribuyente, el concepto de establecimiento permanente, y las atribuciones y reparto de la soberanía entre las distintas jurisdicciones.
- ♦ Con respecto a la segunda categoría denominada Data, se pueden encontrar problemas tales como el tratamiento fiscal de los datos,

¹⁹ Raquel ÁLAMO-CERRILLO, *La economía digital y el comercio electrónico. Su incidencia en el sistema tributario* (Madrid: Dykinson, 2016).

²⁰ Eli HADZHIEVA, *Tax Challenges in the Digital Economy* (Bruselas: European Parliament, 2016).

²¹ María-Jesús IBÁÑEZ, “BEPS y los desafíos de la inminente digitalización de las economías”. *Anuario de derecho tributario*, n.º. 7 (2015): 17-38.

y la atribución del valor generado, dado que el valor agregado no está en la data en sí, sino en la capacidad de utilizarla para generar utilidades económicas.

- ♦ La tercera categoría que trata de la Caracterización, presenta uno de los problemas más polémicos y menos regulados como lo es el uso de las monedas virtuales en actos de comercio y el *cloud computing*, como envío de servicios de computación.
- ♦ Por último, pero considerado uno de los temas más relevantes en la economía digital está el IVA cibernético, que presenta un reto para identificar la jurisdicción del proveedor y el destinatario del producto o servicio que puede ser determinado por el principio de destino o el principio de origen. Cada uno de los principios determina una manera de recaudo distinta y por consiguiente afecta la imposición tributaria sobre los actos de comercio de cada Estado en particular.

De manera particular, en la primera de las agrupaciones la economía digital plantea desafíos para la fiscalidad internacional, ya que la presencia física no es impedimento para la expansión del comercio internacional, cuyos modelos²² dejan atrás la suposición de que una empresa no residente solo puede operar de manera significativa en una jurisdicción del mercado mediante su exclusiva presencia física.²³

Esta situación permite el aprovechamiento por parte de las empresas multinacionales de las lagunas en la interacción entre los distintos sistemas tributarios para disminuir artificialmente las bases imponibles o trasladar los beneficios a países o territorios de baja tributación en los que realizan poca o ninguna actividad económica (prácticas elusivas BEPS - erosión de bases imponibles y traslado de beneficios), que socavan la integridad del sistema tributario y dificultan la obtención de ingresos fiscales.

Frente a los desafíos que la economía digital ha generado en el plano de la fiscalidad internacional, desde 2015 los países miembros del G-20 y de la OCDE han promovido un consenso mundial para armonizar y que resulten

²² Los nuevos modelos de comercio digital son desarrollados entre empresas (B2B), entre empresa y consumidor (B2C), entre empresa y la administración (B2A), entre empresa y los empleados (B2E) y entre consumidores (C2C).

²³ OCDE, *Addressing the tax challenges of the digital economy: Action 1, 2015 final report* (París: OECD Publishing, 2015). <https://10.1787/9789264>

fácilmente inteligibles el criterio para la determinación de la existencia de un «nexo» (o criterio de sujeción) y las reglas de «atribución de beneficios», dos conceptos fundamentales inherentes al reparto de la potestad tributaria entre jurisdicciones y a la forma en que se asignan los beneficios a las diferentes actividades desarrolladas por las empresas multinacionales, cuya implementación comprende un conjunto de 15 acciones y un sistema de dos pilares, que han obligado a los países miembros del Marco Inclusivo de BEPS de la OCDE y del G20 a ir adecuando progresivamente sus legislaciones internas y a generar acuerdos bilaterales de información.

Aparte de la agrupación de los desafíos para el derecho tributario, podría adicionarse el que surge de la utilización de algoritmos, que les permite a las grandes plataformas de ventas emplear los registros históricos de transacciones previas de los consumidores para dar intención a una publicidad directa a usuarios específicos, que convierten a los datos personales recopilados, de los cuales dependen estos nuevos modelos de negocio, en un activo en sí mismo, de altísimo valor, que puede pasar desapercibido frente a las administraciones fiscales.²⁴

En resumen, la solución al problema de la fiscalidad internacional radica en poder determinar un criterio de atribución y de reparto de la soberanía tributaria entre distintas jurisdicciones, al tiempo de establecer dónde se realizan en específico las actividades económicas en cuestión y dónde se genera el valor de estas actividades,²⁵ mientras que en el orden interno el vacío legal que se deriva del anonimato y la falta de control de los Estados sobre Internet, que se traduce tanto en la eventualidad de una doble imposición como en el riesgo de que en la práctica las transacciones en línea no estén sujetas a impuestos, convirtiendo a Internet en un paraíso fiscal, llevan a la necesidad de establecer una normativa especial aplicable al comercio electrónico.²⁶

²⁴ Antonio FAÚNDEZ-UGALDE, Álvaro VIDAL-OLIVARES, Alexander OLGUÍN-ROMERO y Felipe MOLINA-MARISIO, "Tributación en la economía digital: Propuestas impulsadas por la OCDE y el impacto frente a los principios rectores de todo sistema tributario". *Revista chilena de Derecho y Tecnología*, n.º. 10, 1(2021): 9-28.

²⁵ IBÁÑEZ, "BEPS y los desafíos de...", 17.

²⁶ David AGRAWAL, *The Internet as a Tax Haven? The Effect of the Internet on Tax Competition*. Feb , 2017. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2328479>

Desafíos de la economía digital para el derecho comercial

En este ámbito, el debate se ha centrado en la competencia desleal y el poder de mercado de las plataformas, ya que muchas de ellas tienden a estar dominadas por uno o muy pocos actores, gracias a, entre otras cosas, los fuertes efectos de red y las economías de escala. Otra preocupación es la forma en que las plataformas pueden aprovechar su acceso exclusivo a grandes cantidades de datos de consumo, negocios y transacciones, ya que este acceso les confiere una ventaja sobre competidores y reguladores por igual,²⁷ pudiendo emplearse la algorítmica para llegar a acuerdos colusorios de precios.

Sin duda, los datos son una entrada valiosa para las plataformas de Internet, cuyos usuarios voluntariamente suben sus datos sin que generalmente perciban ningún pago por ellos. Así, las plataformas de Internet a cambio de los servicios que proveen obtienen en una especie de trueque la carga de datos de sus usuarios, quienes quedan expuestos a que se infrinja su privacidad, y refleja una de las principales preocupaciones a la hora de hacer negocios a través de las plataformas, como lo es la seguridad de las transacciones.

En efecto, la desmaterialización de las transacciones aumenta el riesgo de que una persona transite con una identidad ficticia o usurpe la identidad de otra persona. De esta manera el desarrollo del comercio electrónico en un entorno abierto plantea dos problemas indisociables: la seguridad técnica y la seguridad jurídica de las transacciones desmaterializadas.

Como señala Devoto,²⁸ la seguridad es uno de los temas centrales y claves en el desarrollo de toda infraestructura de información, ya sea a nivel nacional como global. Los participantes quieren tener la certeza de que la persona con la que están contratando es efectivamente quien dice ser, que la información o mensajes transmitidos no han sufrido alteración durante su transmisión y que la información sea confidencial, de manera que solo pueda ser leída por el sujeto a quien va dirigida.

Para este autor, la criptografía, a través de la firma digital, aporta las soluciones que permiten garantizar el “no repudio” y la “inalterabilidad” del mensaje y la tecnología, a través del encriptado de los mensajes, aporta la

²⁷ MOLINA, “La regulación en la economía...”, 112.

²⁸ Mauricio DEVOTO, “La economía digital: el dinero electrónico y el lavado de dinero. *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de Derecho Informático*”, n° 27-29 (1998): 469-502.

solución adecuada al desafío de la confidencialidad. La cuestión es que, si tecnológicamente esos riesgos parecerían estar cubiertos, hace falta la masificación de su uso a través de la regulación y no únicamente desde los usos y costumbres.

Si bien es cierto que existen leyes sobre comercio electrónico (como la Ley 527 de 1999 en el caso colombiano), estas se han ocupado de regular los aspectos básicos para dar plena validez jurídica al uso de los mensajes de datos como otra forma de manifestación de voluntad y medio probatorio, así como de institucionalizar los equivalentes funcionales de escrito, original, firma y archivos, pero no incorporan la totalidad de las prácticas que han surgido y existen sobre la materia.²⁹

Así, por ejemplo, escapan del ámbito regulado normativamente por las legislaciones sobre comercio electrónico los actos previos, circundantes y posteriores al contrato, como la publicidad, la búsqueda de información sobre bienes y servicios, la negociación de condiciones sobre precio y tiempo de entrega o los servicios de atención al cliente en preventa y postventa, que muestran la insuficiencia legal y la necesidad de contar con una legislación completa y actualizada que garantice plenamente la seguridad jurídica negocial.

Además, actividades propias del giro ordinario del comercio electrónico, tales como la apertura de cuentas bancarias, la adquisición de instrumentos monetarios y la transferencia electrónica de fondos, se prestan para realizar operaciones de lavado de dinero de fondos obtenidos de la comisión de delitos, cuya detección entraña una gran dificultad por el hecho de que los medios utilizados no son en sí mismos ilegales y dada la facilidad para su movilización anónima, por lo cual es lógico suponer que tales actividades sean empleadas con esa finalidad.³⁰

Conclusión

La economía digital, entendida como el desarrollo de actividades comerciales llevadas a cabo a través del uso de tecnologías de computación digital, genera oportunidades y al propio tiempo desafíos para toda la sociedad, estos últimos referidos a cuestiones como la confianza en el ecosistema

²⁹ Nelson REMOLINA ANGARITA, “Aspectos legales del comercio electrónico, la contratación y la empresa electrónica”. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Tecnologías*, n.º. 2 (2006): 323-370.

³⁰ Mauricio DEVOTO, “La economía digital: el dinero...”, 495.

digital, el uso de los datos personales o la pérdida de empleos convencionales.

En materia jurídica el derecho deberá dar respuesta, ojalá más temprano que tarde y sin sacrificar las ventajas de esta nueva forma de producción de bienes y servicios, a asuntos tales como la protección a los derechos de los trabajadores digitales, la imposición fiscal adecuada tanto para evitar la doble imposición como la evasión y la elusión, la protección de los datos y la privacidad de los usuarios de las plataformas, la competencia leal y lucha contra los monopolios y las prácticas contrarias a la competencia y la responsabilidad de las plataformas por los negocios celebrados mediante su intermediación.

Lyria Bennet, haciendo un símil con la fábula de la liebre y la tortuga, señala que la norma se presenta como la eterna perdedora en la carrera sin fin contra la tecnología, y mientras esta da lugar a importantes transformaciones sociales, que involucran nuevas formas de conducta de las personas, el derecho continúa dirigido a resolver viejos problemas, incapaz de mantenerse al día con el mundo moderno.

Para no ir demasiado a la zaga de los desafíos que los cambios sociales marcados por el uso intensivo de la tecnología le plantean, es necesario llevar a cabo un proceso general de adaptación del derecho a la sociedad de hoy, digitalizada y virtual. El sistema normativo debe desarrollar la capacidad para entender las nuevas relaciones sociales, de las cuales la economía digital es tan solo uno de sus catalizadores, ajustarse a ellas y proponer soluciones innovadoras y creativas. En definitiva, y como ha sido su constante en la historia de la humanidad, se requiere seguir repensando el derecho, para que pueda dar respuestas adecuadas a los requerimientos del momento presente, y proyectarse a las transformaciones futuras que seguirán a un ritmo de cambio más vertiginoso que el actual.

Bibliografía

- AGRAWAL, David. The Internet as a Tax Haven? The Effect of the Internet on Tax Competition (febrero de 2017) <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2328479>
- ÁLAMO-CERRILLO, Raquel. *La economía digital y el comercio electrónico. Su incidencia en el sistema tributario*. Madrid: Dykinson, 2016.
- ALLEN, Darcy y Cris Berg. *The sharing economy. How over-regulation could destroy an economic revolution*. Australia: Institute of Public Affairs, 2014.

- BERGALLEN_The-Sharing-Economy-Institute-of-Public-Affairs-2014.pdf (chrisberg.org)
- BENNET, Lyria. Agents of Change. How the Law ‘Copes? With Technological Change. *Griffith Law Review*, n°. 20 (2014): 763-794.
- CASTRO-SALAZAR, Rodrigo. *Los desafíos fiscales de la economía digital* (2019). <https://repositorio.ulacit.ac.cr/handle/123456789/9253>
- DEVOTO, Mauricio. La economía digital: el dinero electrónico y el lavado de dinero. *Informática y derecho. Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, n°. 27-29 (1998): 469-502.
- DITTRICH, Paul-Jasper. “Online platforms and how to regulate them: an EU overview”. *Policy Paper Jacques Delors Institute*, n°. 227 (2018). EZ_JDI_OnlinePlatforms_Dittrich_2018_ENG.pdf (bertelsmann-stiftung.de)
- DOZ, Javier. “La economía digital desde la perspectiva del Comité Económico y Social Europeo”. *Gaceta sindical: reflexión y debate*, n°. 27 (2016): 129-148.
- EVANS, John y Anna Byhovskaya.. La gestión de la economía digital, hacia un cambio tecnológico abierto, equitativo e inclusivo: una perspectiva sindical. *Gaceta sindical: reflexión y debate*, n°.16 (2016): 107-118.
- FAÚNDEZ-UGALDE, Antonio, Vidal-Olivares, Álvaro, Olguín-Romero, Alexander, y Felipe Molina-Marisio, Felipe. “Tributación en la economía digital: Propuestas impulsadas por la OCDE y el impacto frente a los principios rectores de todo sistema tributario”. *Revista chilena de Derecho y Tecnología*, n°.10, 1 (2021): 9-28.
- GUERRERO-VIZUETE, Esther. “La economía digital y los nuevos trabajadores: un marco contractual necesitado de delimitación”. *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y Derecho del empleo*, n°. 6, 1 (2018): 195-218.
- HADZHIEVA, Eli. *Tax Challenges in the Digital Economy*. Bruselas: European Parliament, 2016.
- IBÁÑEZ, María-Jesús. “BEPS y los desafíos de la inminente digitalización de las economías”. *Anuario de Derecho tributario*, n°. 7 (2015): 17-38.
- LAUDON, Kenneth. *E-commerce: negocios, tecnología, sociedad*. Ciudad de México: Pearson Educación de México, 2011.
- LENAERTS, Karolien, Beblavy, Mirsolav y Kilhoffer, Zachary. Government. Responses to the Platform Economy: Where do we stand? *CEPS Policy Insight* 27 oct. 2017. <https://www.ceps.eu/ceps-publications/government-responses-platform-economy-where-do-we-stand/>

- MILLER, Stephen. Transferable Sharing Rights: A Theoretical Model for Regulating Airbnb and the Short-Term Rental Market, 2014. <http://ssrn.com/abstract=2514178>
- MOLINA, Óscar. “La regulación en la economía digital: un análisis comparativo del empleo y las relaciones laborales en Alemania, Francia y el Reino Unido”. En *Economía digital y políticas de empleo*, coordinador Fausto Miguélez, 106-130. Barcelona: Centre d’Estudis Sociològics sobre la Vida Quotidiana i el Treball – QUIT. Institut d’Estudis del Treball Universitat Autònoma de Barcelona, 2019.
- OCDE. *Cómo abordar los desafíos fiscales de la Economía Digital*. París: OCDE, 2014. <https://www.oecd.org/ctp/action-1-digital-economy-esp-preliminary-version.pdf>
- OCDE. *Addressing the tax challenges of the digital economy: Action 1. Final report*. París: OECD Publishing, 2015. <https://10.1787/9789264>
- PAZ, Sergio. *Economía digital: el futuro ya llegó*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, Unidad de Publicaciones del Departamento de Economía y Administración, 2021. <http://ridaa.unq.edu.ar/handle/20.500.11807/2990>
- REMOLINA ANGARITA, Nelson. Aspectos legales del comercio electrónico, la contratación y la empresa electrónica. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Tecnologías*, n.º 2 (2006): 323-370.
- SÁNCHEZ-BAYÓN, Antonio. “Medidas de economía de bienestar que destruyen empleo en la economía digital”. *Semestre Económico*, n.º. 23, 55 (2020): 87-112.
- TAPSCOTT, Don. *La economía digital. Promesas y peligros de la inteligencia en redes*. Bogotá: McGraw-Hill, 1996.