

Digitalización para la comercialización de servicios de hospedaje y turismo: De los justos reclamos del sector hotelero a la realidad del mercado

*Digitalization For The Marketing Of Lodging And
Tourism Services : From The Right Claims Of The
Hotel Sector To The Reality Of The Market*

Wilson Iván Morgestein Sánchez*
Giovani Bataglin Suárez Burgos**

Resumen

El sector turístico colombiano tiene el potencial para transformar y beneficiar a gran parte de la población; sin embargo, políticas regulatorias con enfoque en la restricción de la competencia han hecho que subsectores como el hotelero tengan cargas desproporcionadas que, ante el ingreso de nuevos actores, han visto una amenazada su participación en el mercado. Sectores tradicionales han tenido que sobrevivir en medio de regulaciones fuertes que no entienden las realidades de los mercados; no obstante, el escenario de regulación del turismo tendrá que progresar hacia las demandas y ofertas que se están promoviendo a través de las plataformas virtuales, como el alojamiento web P2P (Barradas

* Magíster en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Profesor-investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, Sede Principal (Bogotá, Colombia), adjunto al Grupo de Investigación en Derecho Privado y del Proceso: "Gustavo Vanegas Torres". Correo electrónico: wilsoni.morgesteins@unilibre.edu.co. El aporte que el coautor hace al presente trabajo académico es resultado del proyecto de investigación "Escenarios de manifestación de la responsabilidad social empresarial y su impacto en la protección de derechos".

** Candidato al título de Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad La Gran Colombia (Bogotá, Colombia). Correo electrónico: giovani.suarez@ugc.edu.co. El aporte que el coautor hace al presente escrito es el resultado de sus reflexiones académicas y su experiencia profesional.

y Pinto, s. f.)¹ *Peer to Peer*. La regulación no podrá seguir considerándose como una herramienta caprichosa utilizada por el Estado para imponer su visión del mercado; las nuevas tendencias en materia de promoción harán que el sector de alojamiento se promueva a través de plataformas que, por su domicilio, escapen a la jurisdicción del Estado. Por ello, de no considerarse una regulación liviana e inteligente, el Estado perderá su protagonismo.

Palabras clave: turismo, alojamiento, plataformas digitales, consumidor

Abstract

The Colombian tourism sector has the potential to transform and benefit a large part of the population; however, regulatory policies focused on restricting competition have caused subsectors such as the hotel industry to have disproportionate burdens that, with the entry of new actors, have seen their market share threatened. Traditional sectors of the area have had to survive amid strong regulations that do not understand the realities of the markets; however, the tourism regulation scenario will have to progress towards the demands and offers that are being promoted through virtual platforms, such as P2P web hosting (Barradas and Pinto, n. d.) “peer to peer”. Regulation can no longer be considered as a capricious tool used by the State to impose its vision of the market; new trends in promotion will lead to the accommodation sector being promoted itself through platforms that due to their domicile, escape the jurisdiction of the State. Therefore, if a light and intelligent regulation is not considered, the State will lose its leading role.

Keywords: tourism, accommodation, digital platforms, consumer

¹ Un *Peer-to-Peer*, o P2P, en economía, es un modelo descentralizado por el cual dos individuos interactúan para comprar o vender bienes y servicios directamente entre sí, sin la intermediación de un tercero, o sin el uso de una empresa de negocios. El comprador y el vendedor realizan transacciones directamente entre sí. Gracias a ello, el productor posee tanto sus herramientas (o medios de producción) como su producto terminado.

Introducción

Las economías del mundo buscan nuevos escenarios de globalización, en donde las regulaciones de cada país no pueden ser restriccionistas, si lo que se quiere es facilitar el acceso a los mercados y atraer la inversión. En este sentido, “la economía compartida o colaborativa” ha venido tomando fuerza a nivel mundial, al permitir que servicios como el alojamiento turístico, el transporte, el mantenimiento y las finanzas puedan ser ofertados por cualquier persona que cuente con el deseo de hacerlo y el acceso a internet.

Sin embargo, sectores como el hotelero consideran que su actividad se ha visto afectada por la falta de regulación en la prestación de servicios turísticos que se ofertan a través de plataformas de comercialización digital; puesto que permiten que personas que no cuentan con una infraestructura propiamente dicha, sino que, con solo registrarse en una plataforma, puedan competir con sus cuantiosas inversiones y poner en riesgo su rentabilidad, además de la estabilidad del negocio y los trabajos formales que generan.

Así las cosas, se puede afirmar que es un justo reclamo el que los hoteleros presentan, por cuanto ven cómo los turistas prefieren un alquiler de bajo costo, en lugar de un lujoso espacio en un hotel de alta categoría en el cual

todas sus necesidades están resueltas; o, peor aún, cómo edificaciones que no ayudan con el glamur urbanístico se ven atestadas de turistas que prefieren llegar a cocinar y limpiar un inmueble después de un recorrido en la playa, antes que acudir a los bien determinados espectáculos nocturnos que ofrecen los establecimientos hoteleros.

Se debe agregar que se trata no sólo de un reclamo frente a los consumidores que, en algunos casos, prefieren lo económico e informal que los lujos y la formalidad ofrecida por el sector hotelero. Además de esto, es importante considerar que los hoteles se someten a pesadas regulaciones estatales, pagan impuestos, respetan los ordenamientos local, departamental y nacional, reciben indeseadas visitas de autoridades a sus establecimientos, que entorpecen las actividades y el quehacer diario, responden a directrices absurdas en materia de precios, protección al consumidor, vigilancia en la publicidad, impuestos que ahogan al empresario y cuanto reglamento nace de elocuentes funcionarios que consideran que el sector turístico debe ser reglado hasta en las comandas; para no mencionar otros asuntos que obligan al hotelero a tener un contrato de asesoría jurídica, antes que servicios de publicidad para posicionar su emprendimiento e, incluso, debe soportar sanciones que, algunas veces, parecen confiscaciones y una estrangulación de la libertad de empresa.

Por otra parte, es necesario mencionar que las afectaciones no solamente son las ya referidas, sino que la tecnología trajo consigo un número de competidores a los que el Estado no les puede exigir nada, con lo cual demuestra su incapacidad para regular y su insuficiencia para vigilar, inspeccionar y controlar. Así es, en diversos foros y por parte de distintos operadores se ha puesto de presente que el “hospedaje informal” se abstrae de cumplir no sólo la normativa en materia turística (publicidad sin la observancia de la regulación que debe sufrir la hotelería, falta de cumplimiento en lo relativo a normas técnicas en las cuales la hotelería debió invertir grandes sumas de dinero, no reconocimiento de la jurisdicción nacional por parte de la plataforma, informalidad de los prestadores que se anuncian en las plataformas, falta de garantías a los consumidores, etc.), sino también disposiciones de orden público relacionadas con derecho administrativo, tributario, comercial y societario.

En este sentido, el comercio electrónico ha impactado el mercado turístico colombiano de manera desafortunada, ya que ha sido utilizado para prestar servicios turísticos sin los requisitos formales, al permitir el ingreso de prestadores informales sin el cumplimiento de los requisitos habilitantes para la actividad, situación que, parezca claro o no, es la que se estableció legal y reglamentariamente.

Lo anterior ha puesto en jaque a distintos Estados, dentro de ellos el colombiano, dado que, por una parte, tienen un competidor totalmente ceñido a la dura regulación y, por otra parte, aparece un nuevo competidor que se presenta como un revolucionario del mercado, puesto que, en ocasiones, estas nuevas formas de comercialización no consideran las duras reglas del paternalismo regulatorio que acostumbraban los Estados, y evitan barreras arancelarias, tributarias y sectoriales. Esto ha llevado a un nuevo escenario del establecimiento jurídico que permita regular las actividades realizadas a través de plataformas. Así las cosas, surge el siguiente interrogante: ¿Qué disposiciones de carácter jurídico está generando el Estado colombiano para formalizar el “hospedaje informal” que se ofrece por internet y, de esta manera, evitar que la hotelería formal se siga afectando?

Metodología

Para darle solución al problema planteado, el tipo de investigación que se empleará será el teórico de análisis-síntesis; por lo cual se utilizará un enfoque básicamente cualitativo. De acuerdo con lo expuesto, se iniciará con la revisión del concepto de *economía participativa* y sus potenciales afectaciones al sector turístico en Colombia. Luego, se analizará si actualmente existen, en el ordenamiento jurídico

colombiano, disposiciones legales que puedan ser aplicadas a los servicios turísticos ofrecidos a través de plataformas digitales para, enseguida, poner de manifiesto que la regulación en materia turística y hotelera se debe fortalecer en lo objetivo (el sector), con propuestas inclusivas que generen bienestar a la población, y no en lo subjetivo (las plataformas digitales).

Discusión jurídica y resultados

1. De la economía participativa y de sus potenciales afectaciones al sector turístico en Colombia

A lo largo de la historia se han presentado episodios de inconformismo de la población frente a los modelos económicos, ya que, de una u otra forma, se percibe que algo va mal en la relación economía-sociedad, sumado ello a las formas de gobernar. Por tanto, es necesario señalar que hay situaciones que exigen cambios para dar solución a modelos desgastados generadores de crisis e inequidad (Máñez y Gutiérrez, 2016, p. 2).

Con ocasión de la crisis económica que se presentó entre los años 2008 y 2011, la economía de muchos países se vio profundamente afectada y se

produjeron altos índices de desempleo. Stiglitz (2012) explica que “los jóvenes estaban cansados e indignados de que tanta gente lo estuviera pasando mal, de que tantos estuvieran perdiendo su vivienda y su empleo”.

Sin embargo, al mismo tiempo que ocurrían estos eventos, otras personas estaban pensando en cómo dar un mejor uso a los recursos económicos subutilizados, al desarrollar soluciones novedosas e incidir en el desarrollo, a través de propuestas sostenibles, inteligentes e integradoras, tal como fue la creación de la economía colaborativa. En este sentido, nacieron alternativas a los modelos económicos tradicionales que gobernaban los mercados como deseaban; sin que, al parecer, existiera voluntad del Estado para controlar sus prácticas, que, en la mayoría de casos, se ha demostrado que no eran incluyentes en relación con las poblaciones más vulnerables o de menores ingresos y poca capacidad de adquisición.

Conviene resaltar que el sector de la hotelería no era la excepción y, por el contrario, sus grandes inversiones parecían excluyentes para gran parte de la población que cada día tenía más lejana la posibilidad de disfrutar unas vacaciones o, sencillamente, conocer su propio territorio, mar, turismo comunitario, cultural y gastronómico, además de otros elementos que hacen de Colombia un destino fascinante.

Asimismo, los precios de los servicios en realidad eran literalmente un sueño para las clases sociales menos favorecidas e, incluso, la clase media tenía que pensar en grandes inversiones para concretar sus expectativas de viajar; todo ello como consecuencia de la falta de competencia en materia sectorial, dado que la única que existía era la propia entre establecimientos hoteleros.

La exclusión que se presentaba en cuanto a la demanda también se daba en la oferta; si no se tenían grandes capitales, no se podía participar del mercado turístico, situación que, en Colombia, se encuentra proscrita por el artículo 333 de la Carta Política. Era tal la dificultad para ofertarse que quien tenía una iniciativa empresarial debía disponer de grandes montos destinados a la publicidad.

Por otra parte, Máynez y Gutiérrez (2016, p. 2) afirman que “la economía colaborativa comenzó a posicionarse como un modelo horizontal e innovador que, a través de las plataformas tecnológicas, permite optimizar los activos subutilizados y generar nuevas oportunidades de negocio”. En la última década, ha surgido en el mundo una nueva “economía compartida”, personas que utilizan tecnologías de Internet y móviles para acceder a los bienes y recursos proporcionados

por pares, en lugar de un proveedor corporativo tradicional.

A partir de 2013, según PwC, los cinco principales sectores (2) de la economía estadounidense comprendían un mercado de quince mil billones de dólares en todo el mundo. PwC (2014) sostiene que, para 2025, este mercado crecerá a trescientos treinta y cinco mil billones, más de 20 veces su tamaño actual, e igual al tradicional mercado de alquiler (<https://www.pwc.com/us/en/technology/publications/assets/pwc-consumer-intelligence-series-the-sharing-economy.pdf>).

Así las cosas, lo que hicieron las plataformas electrónicas fue reconocer sectores poblacionales que, a pesar de su importancia para la economía, estaban excluidos. De esta manera, las plataformas de comercialización encontraron un alto valor en las clases sociales que no tienen gran poder de adquisición; por esta razón, y en lo relativo a la oferta, se permitió que compartir una habitación, en el caso de los hospedadores, se convirtiera en una fuente de ingresos adicionales y, en relación con la demanda, se les concedió a los consumidores que no contaban con muchos recursos económicos la posibilidad de acceder a un turismo de bajo costo.

Una de las áreas que ha tenido un crecimiento de la economía colaborativa

es el sector turismo, el denominado turismo *P2P*. Acerca del concepto, Fernández (2016, p. 111) afirma lo siguiente:

El turismo *peer to peer* (P2P) es una de las grandes tendencias globales que está transformando el modo de viajar y consumir. Transporte por carretera, alojamiento, experiencias en el destino, restauración... Prácticamente todos los sectores de la industria turística se han visto ya afectados por la llamada “economía compartida”. En particular, las webs P2P han irrumpido con fuerza en el sector del alojamiento y se han convertido en pocos años en un amenazante competidor que, según denuncian los empresarios del sector hotelero y de apartamentos reglados, no opera con las mismas reglas de juego que los establecimientos turísticos legalmente registrados, lo que les deja en inferioridad de condiciones.

Por consiguiente, el dar un mejor aprovechamiento a los recursos (viviendas, automóviles, internet, juegos) ha llevado a una economía informal exenta del rigor que impone el establecimiento del comercio formal. Esto ha traído como consecuencia manifestaciones de inconformidad por parte del sector turismo regulado frente a aquel turismo informal que ha surgido con

ocasión de la economía compartida² (*Revista Semana*, 2016).

En la “economía colaborativa” o *Peer-to-Peer* (P2P), operaciones como el alojamiento, compartir coche y servicios de taxis han estado entre las actividades de más rápido crecimiento. Para 2016, Airbnb sobrepasa el número de las habitaciones reservadas por noche por la más grande cadena hotelera del mundo, y ya representa el 10% de pernoctaciones en Londres. A partir de marzo de 2015, los conductores de Uber, en todo el mundo, estaban dos veces en promedio en el número de viajes por día de todos los taxis en Nueva York. La industria de compartir automóviles creció a un factor de más de 15 entre 2006 y 2014 (*The Rise of The Sharing Economy*, s. f., p. 110).

² Las plataformas que propician este intercambio requieren inversiones tecnológicas considerables para garantizar el contacto entre las personas. AIRBNB, por ejemplo, tiene más de 40.000.000 de usuarios, lo que implica servidores poderosos y el desarrollo de un algoritmo para ofrecer a quien busca el servicio que necesita en el lugar más conveniente. OLX no cobra comisión a las personas que venden productos en su plataforma, sino que intenta lucrarse con publicidad contextual, tal como hace Google en su buscador de información en internet, mientras que Uber y Airbnb cobran una comisión por cada servicio (<https://www.semana.com/economia/articulo/uber-airbnb-y-bitcoin-economia-colaborativa-amenaza-a-la-tradicional/465955>).

De esta forma, resulta evidente que, en unas proporciones importantes, el turismo se ha venido reformando en su propia esencia, lo cual pone en evidencia a algunos prestadores formales de este servicio que menospreciaron a potenciales agentes informales del mercado; cómo estos últimos han venido incursionando con notorio éxito en este ramo de la actividad económica. Esto ha traído como respuesta de los operadores formales del negocio la exigencia a los Estados de una normativa justa y equitativa para todos aquellos que prestan el servicio del turismo. Por lo demás, para el caso colombiano, la Ley 300 de 1996, o “Ley General de Turismo”, se encuentra desactualizada y, en consecuencia, resulta insuficiente para regular el amplio abanico de posibilidades que, en lo concerniente al turismo y alojamiento, han traído las nuevas plataformas virtuales.

2. Economía participativa y ordenamiento jurídico colombiano

Por otro lado, es necesario poner de relieve que el concepto de “economía compartida” no sólo impacta los intereses de los agentes formales de la economía y el turismo, sino que también genera otros problemas en los grupos sociales en los cuales se desarrolla; que van desde asuntos

de convivencia y de vecindad en las comunidades, por el ingreso de turistas a unidades residenciales, hasta la capacidad de carga de los destinos, que, en algunos casos, se desborda y genera afectaciones en el territorio.

Frente a la problemática descrita, varios países han desarrollado una legislación que permite regular este tipo de actividades, teniendo presente los principios de igualdad y oportunidad. Al respecto, Juul (2015, p. 5) expresa lo siguiente:

Algunas actividades en la economía compartida se han regulado a nivel local. Las ciudades europeas han comenzado, por ejemplo, a regular el alquiler a corto plazo. Aunque algunas reglas son comunes a varias ciudades, también hay marcadas diferencias en el enfoque, que, a su vez, puede hacer este tipo de alquiler más o menos atractivo para los anfitriones de una ciudad a otra. Algunas ciudades han adoptado un enfoque relativamente restrictivo. Berlín ha aprobado una ley para prohibir los alquileres no registrados a corto plazo, e inspeccionar las propiedades para verificar si la ley es correctamente implementada. En Bruselas, los anfitriones (a partir de enero de 2016) tendrán que solicitar permiso de la comuna y copropietarios del edificio. En comparación, un número de ciudades francesas

(París, Marsella y Lyon) no requieren tal autorización si la residencia alquilada es la residencia principal del anfitrión. Otras ciudades (como Ámsterdam, Londres y las citadas ciudades francesas) regulan los alquileres a corto plazo, de una manera que podría ser más favorable para el desarrollo de la economía compartida. En su mayoría, limitan el alquiler a corto plazo, a través del número de habitaciones que se pueden alquilar y el período de alquiler. También hay otras reglas. Ámsterdam limita, por ejemplo, el número de personas (cuatro) que el anfitrión puede aceptar para una reserva. Además, algunas ciudades (por ejemplo, Barcelona) requieren que el anfitrión esté presente durante el período de alquiler. De lo contrario, el alquiler cae bajo otras leyes; por ejemplo, leyes sobre la cama y el desayuno tipo alojamiento turístico. En algunas ciudades, Airbnb cobra o cobrará impuestos directamente por cada reserva. Un número de ciudades (incluyendo Barcelona y París) también han multado a Airbnb por violación a varias leyes.

Para el caso colombiano, en lo relacionado con el servicio de alojamiento a través de plataformas de comercialización digital, surgen las siguientes preguntas: ¿existe imposibilidad jurídica para prestar servicios turísticos mediante el uso de plataformas

digitales?, ¿se debe permitir ofertar servicios turísticos a través de plataformas digitales? En ese caso, ¿qué regulación se requiere?, ¿se deben considerar prestadores de servicios turísticos?, ¿son intermediarios turísticos?

En Colombia, se ha considerado que la intermediación de servicios turísticos por medio de oficinas de representación turística requería de alguna especie de mandato que tenía por objeto poner de acuerdo a dos partes en la prestación de servicios turísticos; lo cual dista mucho de la facilidad que ofrecen los canales de promoción y comercialización, como en el caso de las plataformas, dedicadas a posibilitar que los interesados en prestar servicios de turismo publiciten el negocio a los eventuales turistas interesados en contratar con ellos.

Por otro lado, se debe poner de manifiesto que la regulación de la actividad turística es del orden sectorial; esto es, debe tener como destinatario a los prestadores de servicios turísticos, tal como se indicó al inicio de este documento, y parte de la consagración constitucional de los conceptos de *economía social de mercado* y *libertad de empresa*, que han sido desarrollados por el numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1558 de 2012:

5. Libertad de empresa. En virtud del cual, y de conformidad con lo

establecido en el artículo 333 de la Constitución Política, el turismo es una industria de servicios de libre iniciativa privada, libre acceso y libre competencia, sujeta a los requisitos establecidos en la Ley y en sus normas reglamentarias. Las autoridades de turismo, en los niveles nacional y territorial, preservarán el mercado libre, la competencia abierta y leal, así como la libertad de empresa dentro de un marco normativo de idoneidad, responsabilidad y relación equilibrada con los usuarios.

No obstante, se hace necesario revisar si la relación negocial que se presenta entre las plataformas digitales y los hospedadores informales desconocen disposiciones de orden público o, aún más, desconocen los postulados de economía social de mercado y libertad de empresa, consagrados en la Carta Política colombiana.

Desde una primera óptica, los grandes empresarios, que han hecho inversiones económicas importantes para mantener la hegemonía en la prestación de los servicios hoteleros y turísticos, consideran que las plataformas digitales son intermediarios, habida cuenta de la definición legal del concepto “prestadores de servicios turísticos”, incorporada en el artículo 76 de la Ley 300 de 1996: “*es aquel que directa o indirectamente contrate*

con el turista”; lo que, en su concepto, dispondría, para esas plataformas, la obligación de someterse a la regulación sectorial en materia turística, por su relación con los prestadores de servicios turísticos.

Así las cosas, una primera aproximación a las disposiciones legales y reglamentarias que regularon la intermediación en materia turística permite concluir que solamente dos prestadores de servicios turísticos pueden realizar labores de intermediación: las agencias de viajes y las oficinas de representación turística, al tenor de los artículos 84 y 85 de la Ley 300 de 1996:

Son agencias de viajes las empresas comerciales, constituidas por personas naturales o jurídicas, y que, debidamente autorizadas, se dediquen de manera profesional al ejercicio de actividades turísticas dirigidas a la prestación de servicios, directamente o como intermediarios entre los viajeros y proveedores de los servicios.

Artículo 85. Clasificación de las agencias de viajes. Por razón de las funciones que deben cumplir, y sin perjuicio de la libertad de empresa, las agencias de viajes son de tres clases, a saber: agencias de viajes y turismo, agencias de viajes operadoras y agencias de viajes mayoristas.

Clasificación de las agencias de viajes. Por razón de las funciones

que deben cumplir, y sin perjuicio de la libertad de empresa, las agencias de viajes son de tres clases, a saber: en una primera distinción aparecen las agencias de viajes mayoristas³, las agencias de viajes y turismo⁴ que tienen una relación

directa con el turista y, por último, las agencias de viajes operadoras⁵,

³ Artículo 2.2.4.3.1.6. De las Agencias de Viajes Mayoristas. Son Agencias de Viajes Mayoristas las empresas comerciales debidamente constituidas por personas naturales o jurídicas que se dediquen profesionalmente a programar y organizar planes turísticos (Decreto 502 de 1997, art. 6). Artículo 2.2.4.3.1.7. Funciones de las Agencias de Viajes Mayoristas. Las Agencias de Viajes Mayoristas cumplirán las siguientes funciones: 1. Programar y organizar planes turísticos nacionales e internacionales para ser ejecutados por Agencias de Viajes Operadoras y vendidos por Agencias de Viajes y Turismo; 2. Programar y organizar planes turísticos para ser operados fuera del territorio nacional por sus corresponsales o agentes, y para ser vendidos por las Agencias de Viajes y Turismo; 3. Promover y vender planes turísticos hacia Colombia para ser ejecutados por las Agencias de Viajes Operadoras establecidas en el país; 4. Reservar y contratar alojamiento y demás servicios turísticos para ser vendidos por las Agencias de Viajes y Turismo. Parágrafo. Las Agencias de Viajes Mayoristas no podrán vender directamente al público ni pueden, por lo tanto, establecer ni mantener contacto comercial con este. Sin embargo, responderán solidariamente con la agencia vendedora ante el usuario, por las reclamaciones que se presenten.

⁴ Artículo 2.2.4.3.1.2. De las Agencias de Viajes y Turismo. Son Agencias de Viajes y Turismo las empresas comerciales debidamente constituidas por personas naturales o jurídicas que se dediquen profesionalmente a vender planes turísticos. Artículo 2.2.4.3.1.3. Funciones de las Agencias de Viajes y Turismo. Las Agencias de Viajes y Turismo cumplirán las siguientes funciones: 1. Organizar, promover

y vender planes turísticos nacionales para ser operados por las Agencias de Viajes Operadoras establecidas legalmente en el país; 2. Organizar, promover y vender planes turísticos para ser operados fuera del territorio nacional; 3. Reservar y contratar alojamiento y demás servicios turísticos; 4. Tramitar y prestar asesoría al viajero, en la obtención de la documentación requerida, para garantizarle la facilidad de desplazamiento en los destinos nacionales e internacionales; 5. Prestar atención y asistencia profesional al usuario, en la selección, adquisición y utilización eficiente de los servicios turísticos requeridos; 6. Reservar cupos y vender pasajes nacionales e internacionales en cualquier medio de transporte; 7. Operar turismo receptivo, para lo cual deberán contar con un departamento de turismo receptivo y cumplir con las funciones propias de las Agencias de Viajes Operadoras.

⁵ Artículo 2.2.4.3.1.4. De las Agencias de Viajes Operadoras. Son Agencias de Viajes Operadoras las empresas comerciales debidamente constituidas por personas naturales o jurídicas que se dediquen profesionalmente a operar planes turísticos. Artículo 2.2.4.3.1.5. Funciones de las Agencias de Viajes Operadoras. Las Agencias de Viajes Operadoras cumplirán las siguientes funciones: 1. Operar dentro del país planes turísticos programados por Agencias de Viajes del exterior y del país; 2. Organizar y promover planes turísticos para ser operados por ellas mismas, sus sucursales y agencias, si las tiene, de acuerdo con la ubicación de cada una de ellas dentro del territorio nacional; 3. Prestar los servicios de transporte turístico, de acuerdo con las disposiciones que reglamentan la materia; 4. Brindar equipo especializado, como implementos de caza y pesca, buceo y otros elementos deportivos, cuando la actividad lo requiera; 5. Prestar el servicio de guianza, con personas debidamente inscritas en el Registro Nacional de Turismo.

que, conceptualmente, son las que desarrollan el servicio.

Parágrafo 1º. El Gobierno nacional determinará las características y funciones de los anteriores tipos de agencias, para cuyo ejercicio se requerirá que el establecimiento de comercio se constituya como agencia de viajes”.

Se debe agregar que el Decreto 1074 de 2015, Único reglamentario del sector Comercio, Industria y Turismo, reguló los tres tipos de agencias, según las referencias citadas, con lo cual se demuestra que es diferente la intermediación de las agencias de viajes a la facilitación que puede hacer cualquier otro actor que converja en el sector turístico; de manera que se podría entender que la normativa ha considerado que la intermediación en materia turística se relaciona con la prestación de servicios turísticos, y no con la facilitación de un negocio para que el prestador pueda desarrollar el servicio turístico.

En lo concerniente a las Oficinas de Representaciones Turísticas, se debe advertir que, en la actualidad, no existe reglamentación, puesto que lo determinado en el Decreto 1074 de 2015 se eliminó y, de esta forma, quedó huérfana su definición; por ello, se presenta sólo como reseña la definición

del artículo 2.2.4.1.2.2, que señalaba lo siguiente:

Son Oficinas de Representaciones Turísticas las constituidas por personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que actúan por virtud del contrato de agencia comercial u otra forma de mandato, de acuerdo con lo previsto en el título XIII del Libro IV del Código de Comercio, como intermediarios para la venta, promoción o explotación de servicios turísticos ofrecidos por otras personas, en el territorio nacional o en el extranjero.

Por otro lado, el Decreto 1074 de 2015, en su artículo 2.2.4.3.2.2., definió los servicios ofrecidos por los intermediarios turísticos:

Parágrafo. Para todos los efectos, se adoptan las siguientes definiciones:

Plan o paquete turístico: Es la combinación previa de, por lo menos, dos o más servicios de carácter turístico, vendida u ofrecida como un solo producto por un precio global. La facturación por separado de algunos de los servicios del plan o paquete turístico no exime a la Agencia de Viajes del cumplimiento de las obligaciones del presente título.

Servicios complementarios: Servicios turísticos adicionales a los básicos de alojamiento y de transporte, que pueden o no estar incluidos en el plan turístico.

Después de haber revisado las definiciones de los dos prestadores de servicios turísticos que realizan labores de intermediación (reconocidos así expresamente por el ordenamiento jurídico colombiano), conviene ahora detenerse en la actividad que ejecutan las plataformas digitales con el fin de determinar si su labor es de intermediación y, si la respuesta resulta afirmativa, especificar las obligaciones legales que de su trabajo se desprenden.

Inicialmente, el artículo 62 de la Ley 300 de 1996, modificado por el artículo 12 de la Ley 1101 de 2006, prescribe:

Prestadores de servicios turísticos que se deben registrar. Son prestadores de servicios turísticos los siguientes:

1. Los hoteles, centros vacacionales, campamentos, viviendas turísticas y otros tipos de hospedaje no permanente, excluidos los establecimientos que prestan el servicio de alojamiento por horas

2. Las agencias de viajes y turismo, agencias mayoristas y las agencias operadoras

3. Las oficinas de representaciones turísticas

4. Los guías de turismo

5. Los operadores profesionales de congresos, ferias y convenciones

6. Los arrendadores de vehículos para turismo nacional e internacional

7. Los usuarios operadores, desarrolladores e industriales en zonas francas turísticas

8. Las empresas promotoras y comercializadoras de proyectos de tiempo compartido y multipropiedad

9. Los establecimientos de gastronomía y bares, cuyos ingresos operacionales netos sean superiores a los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes

10. Las empresas captadoras de ahorro para viajes y de servicios turísticos prepagados

11. Los concesionarios de servicios turísticos en parque

12. Los demás que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo determine

13. Las empresas de transporte terrestre automotor especializado, las empresas operadoras de chivas

y de otros vehículos automotores que presten servicio de transporte turístico

Sin embargo, la disposición contenida en el artículo 76 de la Ley 300 de 1996 aclara lo siguiente:

Entiéndase por prestador de servicios turísticos a toda persona natural o jurídica que habitualmente proporcione, intermedie o contrate directa o indirectamente con el turista la prestación de los servicios a que se refiere esta ley, y que se encuentre inscrito en el Registro Nacional de Turismo.

De este modo, la definición legal no tiene en cuenta ni la naturaleza ontológica del sujeto ni la calidad o no de comerciante de este para endilgarle la calidad de prestador de servicios turísticos; pero, eso sí, exige que se encuentre inscrito en el Registro Nacional de Turismo, inscripción que se erige como un requisito formal para adquirir tal calidad. Esto permite afirmar que “no existen prestadores de servicios turísticos informales, sino informales ofreciendo servicios turísticos”; lo cual, en lo relativo a las plataformas electrónicas, llevaría a sostener que estas son uno de los recursos que usa el prestador de servicios turísticos para permitir que personas naturales o jurídicas presten el mencionado servicio.

Por otra parte, la expresión *la prestación de los servicios a que se refiere esta ley* excluye de la definición legal la oferta de servicios turísticos que realiza una plataforma digital, *software* o cualquier otro mecanismo tecnológico que le posibilita a una persona prestarle a un turista el servicio de alojamiento; porque una interpretación contraria llevaría al extremo a considerar el periódico, la radio, el anunciante o, incluso, el centro comercial como prestador de servicios turísticos, por permitir que otro anuncie un servicio.

3. Una alternativa de solución: Regulación más no exclusión

La regulación de las plataformas digitales está contenida en las siguientes Leyes: 1341 de 2009, “Por la cual se definen Principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), se crea la Agencia Nacional del Espectro y se dictan otras disposiciones”; 1336 de 2009, “Por medio de la cual se adiciona y robustece la Ley 679 de 2001, de lucha contra la explotación, la pornografía y el turismo sexual con niños, niñas y adolescentes”; 1450 de 2011, “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014”; y 1978 de 2019, “Por la cual se moderniza el Sector de las Tecnologías de

la Información y las Comunicaciones (TIC), se distribuyen competencias, se crea un Regulador Único y se dictan otras disposiciones”.

Estas leyes han tratado asuntos desde la neutralidad en la red hasta la obligación de reportar información a las autoridades con el fin de proteger intereses superiores como los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En lo relativo a la neutralidad en la red, se debe advertir que esta no puede ser suprimida —tal como algunos lo proponen—, por lo menos mientras el Estado de Derecho se mantenga, dada su importancia para las democracias que consideran la libertad de empresa y la libre competencia unas de sus banderas más representativas.

Ahora bien, es indudable que el potencial de las economías colaborativas está simbióticamente relacionado con el incremento en el uso del internet; por cuanto es posible comercializar bienes y servicios desde cualquier dispositivo electrónico cuya configuración técnica permita el acceso a la red interna. No obstante, en algunos países se han clausurado páginas web a través de las cuales se comercializan bienes y/o servicios, cuando el Estado considera que la persona propietaria (natural o jurídica) no cumple las disposiciones legales vigentes y, en consecuencia, rompe los esquemas

tradicionales de comercialización⁶. A pesar de ello, los Estados no deberían temerle a la libertad del mercado; por el contrario, en épocas de reactivación económica será necesario considerar la creación de ocupaciones autónomas como las que brindan las plataformas para garantizar ingresos que no provengan de subsidios a los ciudadanos.

Cada vez que se observa cómo los “dueños de la industria hotelera” se despachan contra los servicios ofertados por “pequeños emprendedores” se puede advertir que sus ataques no están dirigidos a garantizar los derechos de los consumidores o la libre competencia, sino, más bien, a impedir la promoción que de servicios de hospedaje y turismo hacen estos operadores; razón por la cual han concentrado sus esfuerzos en atacar las plataformas, y no en regular el servicio que ellas prestan ni las obligaciones y cargas legales que deben cumplir o, incluso, propender a una reforma legal del sector de la hotelería y el turismo, dirigida a hacer menos onerosa la situación de quienes prestan estos servicios.

⁶ En Colombia, el caso más relevante se relaciona con la aplicación Uber, que modifica la estructura del servicio de transporte público en el país, y pone en jaque a las empresas tradicionales que no aceptan nuevos modelos de negocios en el que consideran “su sector”.

De esta manera, y si se tiene en cuenta que las plataformas virtuales son el único medio que tienen pequeños prestadores de servicios de alojamiento, impedir que hagan uso de un mecanismo de comercialización para poder dar a conocer los servicios que prestan sería un fuerte golpe a la democracia y, especialmente, al derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política colombiana. La anterior consideración permite entender por qué el principio de neutralidad tecnológica aparece consagrado por primera vez en la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre comercio electrónico; en la que se les hace manifiesta a los Estados la conveniencia de establecer un entorno legal tecnológicamente neutro para todo medio técnicamente viable de comunicación comercial. En definitiva, se trata de que las normas estatales no dispensen al comercio internacional realizado por medios electrónicos un trato diferente del que se realiza mediante otros medios de venta⁷.

Sobre el postulado de neutralidad de la red, la doctrina ha expresado lo siguiente:

Neutralidad de la red es el principio según el cual el tráfico de Internet debe ser tratado con igualdad, sin discriminación, restricción o interferencia, independientemente de su remitente, destinatario, tipo o contenido para que la libertad de elección de los usuarios de Internet no esté restringida, por favorecer o desfavorecer la transmisión de tráfico de Internet asociado con determinado contenido, servicios, aplicaciones o aparatos. De acuerdo con el principio de neutralidad de la red, proveedores de Internet deben abstenerse de discriminar, restringir o interferir de alguna otra manera con la transmisión de tráfico de Internet, a menos que tal interferencia sea estrictamente necesaria y proporcionada. (Universidad de Palermo, s. f.)

Así las cosas, el principio de neutralidad en internet es la garantía de acceso a la red por parte de consumidores y anunciantes sin restricción alguna; postulado que fue incorporado al ordenamiento jurídico colombiano, a través de las Leyes 1341 de 2009 y 1450 de 2011.

Por consiguiente, y con base en la vigencia del artículo 333 de la Constitución Política de Colombia, que establece que “la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común”, y que

⁷ Resolución de la Asamblea de la Organización de las Naciones Unidas A/res/51/162, del 30 de enero de 1997, sobre la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

“para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la Ley”, no será posible ceder en materia de libertades que son garantía de la democracia. Por otro lado, no se puede afirmar que la oferta de los pequeños prestadores de servicios de alojamiento y turismo es mala en sí misma; mucho menos cuando resulta incontestable su impacto socioeconómico, habida cuenta de los ingresos patrimoniales que les reporta a quienes desarrollan esa actividad, que, sin lugar a dudas, está obligando a que los sectores tradicionales de la hotelería y el turismo, tomando en consideración la competencia que ahora enfrentan, se reinventen en lo relacionado con servicio al cliente y ofertas y garantías al consumidor. Así lo está demostrando la realidad.

Por otro lado, el impacto de la actividad realizada por los pequeños prestadores de servicios turísticos y de alojamiento no es exclusivamente negativo; bien se puede afirmar que la democratización de estos servicios genera consecuencias positivas en los países donde se ejecutan, tales como el incremento del número de extranjeros visitantes y el correspondiente aumento de las operaciones celebradas por bares, restaurantes, centros comerciales o parques de diversiones.

Teniendo en cuenta la riqueza material e inmaterial de Colombia, la regulación

se debe enfocar en lo objetivo (el sector), con propuestas inclusivas que generen bienestar a la población, y no en lo subjetivo (las plataformas digitales); en todo caso, permitiendo inclusión social para así poder garantizar que nuevas personas se beneficien del sector, así como una mayor oferta a los consumidores. No obstante, esta última debe presentarse con responsabilidad; de esta manera, la comercialización de servicios turísticos a través de medios alternativos, entre ellos el P2P, resulta acorde con las condiciones tecnológicas y socioeconómicas que rodean la forma en la que ellos desarrollan estas operaciones.

Por tanto, se hace necesario que el Estado pase de ser un Estado paternalista y autoritario, en lo relativo a la regulación, a un Estado estimulador de la competencia y el progreso; en el entendido de que las formas de comercialización han cambiado y lo seguirán haciendo, dado el ímpetu disruptivo que sufre la industria turística con ocasión de los emprendedores contemporáneos. Ello exige del Estado unas políticas en materia de competencia que, sin limitarla, garantice los derechos tanto de los que concurren al tráfico de bienes y servicios como de los consumidores a los que está dirigido.

Conclusiones

En todo caso, los reclamos realizados por el sector hotelero son válidos, dado que la regulación sectorial que ha provisto el Estado es desproporcionada para el desarrollo de actividades en las que la participación estatal debería ser mínima; asimismo, porque las cargas tributarias son desmedidas, lo cual, en ocasiones, genera no sólo un excesivo pago, sino que resulta en cargas administrativas injustificadas, al tener un hotelero, antes que contratar personal para atender al cliente, considerar la contratación de profesionales para atender los requerimientos de las autoridades.

En síntesis, los reclamos de los hoteleros son justos, teniendo en cuenta la excesiva regulación que no los deja competir, pero la causa presentada no es apropiada, cuando se enfocan en solicitar que se exija regulación ineficaz que limite la competencia; en vez de ello, deberían centrarse en reclamar que se desregule el sector en un marco de competencia absoluta, en la cual, incluso, no se limite su actividad a la prestación del servicio de alojamiento, sino que puedan incorporar todo tipo de experiencias para los turistas.

No cabe duda de que el servicio de alojamiento no sólo se habilita para hoteles, como se mencionó, sino que este servicio turístico cuenta con un

abanico de posibilidades que, a diferencia de otros sectores, permite que personas naturales o jurídicas puedan desarrollar esta actividad, sin más requisito para su prestación formal que una inscripción en el Registro Nacional de Turismo; lo cual, en algún momento, también tendrá que ser revisado en materia de acceso al mercado.

Sin duda alguna, el sector turístico debe permitir la inclusión social y facilitar que pequeños emprendedores y no comerciantes ingresen a competir por el mercado; y el sector de alojamiento no es la excepción, por lo que las dinámicas de la oferta y demanda mostrarán que las barreras regulatorias que plantean eliminar competidores no darán resultado, teniendo en cuenta que las tecnologías y el acceso a la información probarán que cualquier disposición enfocada en generar talanqueras a la competencia terminará siendo inaplicable por las realidades del mercado. En el caso del consumidor, se acuña perfectamente la frase atribuida a Keynes, según la cual “puedes llevar un caballo al abrevadero, pero no le puedes obligar a beber”.

Por consiguiente, es posible afirmar que el servicio prestado por las plataformas tecnológicas no las convierte en prestadores de servicios turísticos; estas sólo prestan un servicio en favor de los prestadores de servicios

de alojamiento no tradicionales. Lo anterior, sin olvidar que, en el menor tiempo posible, se observará cómo, en la estrategia de publicidad y captación de clientes, los hoteles también usarán los servicios de las plataformas referentes del mercado para promocionar su oferta.

En definitiva, Colombia tiene potencial turístico para todos los actores que quieran participar del mercado; la exclusión de jugadores no es la fórmula para equilibrar la competencia. Los reclamos de los hoteleros son justos, pero esto no puede llevar a incrementar la regulación; más temprano que tarde, la oferta de alojamientos se concentrará en la promoción que realizan las plataformas, dado que cuentan con el poder de la información del que las han dotado los consumidores.

Referencias

- Barradas, L. y Pinto, J. (s. f.). *P2P Infrastructure for Tourism Electronic Marketplace*. <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.109.2699&rep=rep1&type=pdf>
- Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES). (2005). 3397, *Política Sectorial de Turismo*. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES). (2006). 3446, *Lineamientos para una Política Nacional de la Calidad*.
- Definición ABC. (s. f.). <http://www.definicionabc.com/tecnologia/portal.php>
- Entorno Turístico. (s. f.). ¿Que son las OTA? <http://www.entornoturistico.com/que-son-las-ota/>
- Fernández P., Nuria. (2016). *Turismo P2P o colaborativo: Un reto para el ordenamiento jurídico*. Derecho Mercantil y Mercado (DMYM). Universidad de Alicante.
- Gómez, S., Francisco. *Constitución Política de Colombia de 1991*. Editorial Leyer.
- Juul, M. (2015). *The Sharing Economy and Tourism: Tourist Accommodation*. Briefing
- September. European Parliamentary Research Service. [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/568345/EPRS_BRI\(2015\)568345_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/568345/EPRS_BRI(2015)568345_EN.pdf)
- La economía colaborativa, a pasos agigantados. (2016). *Revista Semana*. <http://www.semana.com/economia/articulo/uber-airbnb-y-bitcoin-economia-colaborativa-amenaza-a-la-tradicional/465955>
- Laverde A., Juan M. (2015). *El procedimiento administrativo sancionatorio en el CPACA*. <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Administrativo-y-Contratacion/no->

- [ti-130130-12-el-procedimiento-administrativo-sancionatorio-en-el-cpaca](#)
- Ley 300 de 1996. “Por la cual se expide la Ley General de Turismo y otras disposiciones”. Congreso de la República.
- Ley 1101 de 2006. “Por la cual se modifica la Ley 300 de 1996 Ley General de Turismo y se dictan otras disposiciones”. Congreso de la República.
- Ley 1437 de 2011. (2011, 18 de enero). “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo”. Congreso de la República. Diario Oficial n. ° 47.956.
- Ley 1558 de 2012. (2012, 10 de julio). “Por el cual se modifica la Ley 300 de 1996 Ley General de Turismo, la Ley 1101 de 2006 y se dictan otras disposiciones”. Congreso de la República. Diario Oficial n. ° 48.487.
- Máynez, G. y Gutiérrez, M. (2016). *Informe especial. Matchmaking: El surgimiento de la economía colaborativa. Desarrollando ideas*. Centro de Liderazgo a través del Conocimiento de Llorente & Cuenca. http://www.desarrollando-ideas.com/wp-content/uploads/sites/5/2016/03/160315_DI_informe_economia_colaborativa_ESP1.pdf
- Stiglitz, J. (2012). *El precio de la desigualdad*. Editorial Taurus. <https://elcultural.com/El-precio-de-la-desigualdad>
- The Rise of The Sharing Economy, 110. <http://thinkers50.com/wp-content/uploads/The-Rise-of-the-Sharing-Economy.pdf>
- Universidad de Palermo. (s.f.). *Marco modelo de neutralidad de la red*. <http://www.palermo.edu/cele/pdf/MO-DEL-NEUTRALITY.pdf>.