



PRECIOS A MEDIDA PARA LOS CONSUMIDORES: LA CONSECUENCIA DEL BIG DATA*

Lorena Parra Membrilla**

Abogada

Doctoranda en Derecho Civil

Universidad de Castilla - La Mancha

Fecha de Publicación: 12 de febrero de 2020

Vivimos en una época en la que el consumo está presente en todos los ámbitos de nuestra vida cotidiana. La economía de la abundancia en la que nuestra sociedad se inscribe provoca que la oferta de bienes y servicios sea ingente, y que los límites al comercio vengan únicamente limitados por las posibilidades adquisitivas de la población.

La democracia del precio, la idea de que todos pagamos lo mismo por las mismas cosas, ya no existe. El crecimiento de la economía digital y el creciente acceso de las empresas a datos detallados y personales de los consumidores pone sobre la mesa la posibilidad de que las empresas utilicen estas herramientas para fijar precios personalizados en función de los datos recopilados de los consumidores, cobrando así diferentes precios en virtud de la voluntad de los consumidores a pagar, lo que conllevaría una discriminación de precios.

* Trabajo realizado bajo la tutela de la Profesora Pilar Domínguez Martínez en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social" dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato y en el marco de la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2019-GRIN-27198, denominado "Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco" (GIPAC) y a la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha" (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana, en base a la Propuesta de Resolución Provisional de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, Dirección General de Universidades, Investigación e Innovación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha de 5 de diciembre de 2019.

** ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5670-1509>



1. ¿En qué consiste la personalización de precios?

La personalización de precios consiste en una práctica utilizada por las empresas en la que se cobra por el mismo bien o servicio distintos precios a distintos consumidores, a pesar de que el costo de proveedores sea el mismo¹.

Esta práctica se lleva a cabo a través de la obtención por parte de las empresas de datos personales de los consumidores, siendo éstos recopilados y estudiados, para ofrecer a los mismos un precio personalizado sobre la base de lo que la empresa cree que el consumidor está dispuesto a pagar. Y es que, la variedad de datos recopilados en línea puede permitir a las empresas estimar con mayor precisión la voluntad de pago de los consumidores². Por lo tanto, se aplica una tarificación de costo personalizada y no dinámica³, denominándose también como discriminación de precios⁴.

La discriminación de precios se divide en tres grados:

- **Primer grado:** se considera como la discriminación de precios perfecta, donde se cobra a cada consumidor de forma individual su plena disposición a pagar⁵.
- **Segundo grado:** también llamada como discriminación de precios imperfecta. En este grado el vendedor ofrece diversas versiones del mismo producto a precios diferentes, dejando a los consumidores la decisión de elegir una versión según sus preferencias⁶. Por lo tanto, en este grado no se basa en la información personal de los consumidores para determinar un precio personalizado.
- **Tercer grado:** consiste en aplicar la discriminación de precios sobre grupos de consumidores que se dividen según sus características observadas. Por ejemplo, en caso de tener un producto químico monopolizado al que se le pueden dar dos

¹ NICOLE ROLDÁN, P: “Discriminación de precios”, en *Economipedia*, 2019. Disponible en: <https://economipedia.com/definiciones/discriminacion-de-precios.html>

² No hay que confundirlo con la publicidad dirigida, ya que esta consiste en una práctica de marketing que se encarga de adaptar anuncios personalizados a los consumidores en función de sus preferencias y comportamiento, con la finalidad de captarle.

³ Consiste en ajustar los precios a los cambios de la oferta y la demanda, sin que ello implique ninguna discriminación entre los consumidores.

⁴ Los poderes públicos usan una técnica de discriminación para el acceso a los bienes y servicios provistos por la Administración, Por ejemplo, las becas universitarias, al fin y al cabo no son nada más que precios discriminatorios. Por lo tanto, desde el punto de vista de la distribución de la riqueza, la discriminación proporciona un mecanismo que permite a los participantes en la economía de mercado beneficiarse de la prosperidad de los demás. MAGGIOLINO, M: *Personalized Prices in European Competition Law*, 2017, p. 199. Disponible en:

https://www.academia.edu/33434806/PERSONALIZED_PRICES_IN_EUROPEAN_COMPETITION_LAW

⁵ Maggiolino, M: “Personalized Prices in European Competition Law”, *Bocconi Legal Studies*, Research Paper No. 2984840, 2017. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2984840

⁶ Suele ser una práctica habitual en la oferta de servicios en línea.



usos diferentes, uno como ingrediente para preparar pintura, y otro, como parte de uso para la elaboración de medicamentos, el precio en este ejemplo maximiza utilidades por el químico que podría ser de 10 euros para pintura y de 30 euros para medicinas. En caso de que el precio uniforme sea el de la pintura, el monopolista no extraerá el bienestar del consumidor del productor de medicinas. En caso de que el precio uniforme sea el de medicina, las ventas como ingrediente de pintura se perderán, por lo que, la discriminación de precios es la estrategia que maximizará utilidades⁷.

2. ¿Cuáles son los mecanismos que utilizan las empresas para fijar un precio personalizado?

Es difícil establecer una respuesta unificada a esta pregunta, puesto que el proceso puede variar de una empresa a otra de forma sustancial estando en constante cambio debido a la rápida evolución de los mercados digitales.

Para aplicar la discriminación de precios de primer grado, la empresa debe, por un lado, recopilar datos sobre las características personales y la conducta de los consumidores de manera individual (observar si un consumidor visita un sitio web, que producto decidió comprar, a qué precio, etc.), por otro lado, utilizar esos datos para estimar la voluntad de pago de los mismos, y finalmente en función de la voluntad de pago estimada⁸. La empresa debe elegir el precio óptimo para cada consumidor y decidir cómo aplicar una tarificación personalizada⁹.

Las empresas, por medio de mecanismos diferentes, pueden recopilar los datos a través de tres formas:

- Datos proporcionados de forma voluntaria: a través de formularios en línea
- Datos observados: instalar cookies¹⁰ en los dispositivos personales de los consumidores

⁷ GONZÁLEZ DE COSSÍO, F: Discriminación de precios. Disponible en:

<http://www.unis.edu.gt/ap/fetch/discriminacion-precios.pdf>

⁸ Por lo general, las empresas no cobran el valor total del servicio puesto que corren el riesgo de perder consumidores cuya voluntad de pago tiene margen de error.

⁹ OECD: Personalised Pricing in the Digital Era, 2018: Disponible en:

<https://www.oecd.org/daf/competition/personalised-pricing-in-the-digital-era.htm>

¹⁰ Según la STJUE, de 1 de octubre de 2019 (C-673/2017): La instalación de cookies en un dispositivo puede considerarse tratamiento de datos personales si la información almacenada a través de estas puede personalizarse al interesado, debiendo establecerse por tanto un consentimiento lícito, lo que requiere de un comportamiento activo por parte del interesado. RALUCA STROIE, I: “Cuando las cookies tratan datos personales y sobre el contenido de la obligación de información a los interesados”, en *CESCO*, 2019. Disponible en:



- Datos inferidos del comportamiento de los consumidores: a través de datos avanzados, como puede ser la capacidad de respuesta del consumidor a los anuncios, aficiones, ingresos, etc.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), identifica tres condiciones necesarias para que se pueda producir la discriminación de precios perfecta¹¹:

- Identificación efectiva de la valoración del consumidor: para que se realice una efectiva valoración, las empresas deben de disponer mecanismos para medir su voluntad de pago. Por lo tanto, deben tener un gran volumen y una gran variedad de datos (actualmente con los mercados digitales puede llegar a cumplirse esta condición para ofrecer un precio muy ajustado a la voluntad de pagar del consumidor).
- Ausencia de arbitraje: para poder sostener la discriminación de precios, un consumidor con baja valoración, al cual se le ha ofrecido por ende un precio más bajo, no puede vender el producto a consumidores de alta valoración.
- Elementos de poder de mercado: es necesario que exista un mínimo de poder de mercado, pudiendo así las empresas diferenciar los precios por encima de la curva de costes marginales, ya que en mercados competitivos los precios descienden a costes marginales para todos los consumidores.

Con el desarrollo de la digitalización, y con la llegada masiva de dispositivos inteligentes, las empresas pueden confiar cada vez más en los datos observados e inferidos, a diferencia de tiempos anteriores cuando la tecnología no estaba tan desarrollada, basándose fundamentalmente en los datos ofrecidos voluntariamente por los consumidores¹².

Hoy día, parece haber aumentado la capacidad de las empresas para medir las valoraciones de los consumidores, ya que la gran mayoría de empresas dispone de un sitio web o redes sociales, lo que permite recoger información sobre direcciones IP, visitas a páginas web, compras historias, los gustos de un producto o servicio mediante el uso de cookies, etc.

Por lo tanto, el nuevo modelo de negocio digital, ayuda a que las empresas puedan personalizar los precios de una forma completamente eficaz, pero en un gran número de ocasiones sin el conocimiento y el consentimiento de los consumidores, que pueden no

http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Cuando_las_cookies_tratan_datos_personales_y_sobre_el_contenido_de_la_obligacion_de_informacion_a_los_interesados.pdf

¹¹ OECD “Price Discrimination - Background note by the Secretariat”, 2018 Disponible en:

[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)15/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)15/en/pdf)

¹² Federal Consumer Protection Law, Chapter VI, article 58. Disponible en:

https://www.profeco.gob.mx/juridico/pdf/1_lfpc_06062006_ingles.pdf



ser conscientes de que las empresas mantienen perfiles detallados sobre ellos. Por ejemplo, la empresa Target¹³, que se encarga de la venta de productos para bebés, envió cupones de productos para bebés a clientas con alta probabilidad de estar embarazadas¹⁴, en función de los datos recogidos, habiendo sido recogidos los mismos sin informar sobre la finalidad específica del tratamiento.

Es plausible que las empresas están personalizando los precios, pero una parte, puede que lo esté haciendo de forma poco transparente, por el miedo a la reacción negativa que esto pueda provocar a los consumidores.

Algunas revistas han descubierto indicios de que se están aplicando los precios personalizados basados en la información al consumidor por algunas empresas. Por ejemplo, en 2012, el New York Times encontró pruebas de que las cadenas de supermercados Safeway y Kroger estaban aplicando precios personalizados, que eran más altos para los consumidores leales y más bajos para los consumidores que alternaban entre marcas de la competencia¹⁵.

Pero, también los propios consumidores descubrieron posibles prácticas personalizadas de fijación de precios de primer grado. Por ejemplo, en 2018, algunos consumidores se han dado cuenta de que Uber cobra a veces precios diferentes por viajes que implican la misma ruta en el mismo momento, el consumidor lo reporto al intercambiar entre su tarjeta de crédito personal y la tarjeta de crédito corporativa. Es cierto, que no se sabe con exactitud los datos que está utilizando Uber para discriminar precios, hasta ahora parece que el sistema personalizado de precios se limita a los datos a nivel de grupo, así lo afirma el portavoz de Uber: *“Podemos fijar los precios de las rutas de forma diferente en función de nuestra comprensión de los patrones de demanda, no de los usuarios individuales”*¹⁶.

3. Tratamiento de datos personales de los consumidores para la fijación precios

En la actualidad, la política de privacidad y protección de datos desempeña un papel muy importante en el mundo digital. Para que las empresas lleven a cabo una personalización de precios perfecta y de una forma eficaz se están sirviendo de la recogida y el uso de los

¹³ Empresa dedicada a la venta de productos para bebés.

¹⁴ Hill, L: “How Target Figured out a Teen Girl Was Pregnant before Her Father Did”, Forbes, 2012. Disponible en: <http://www.forbes.com/sites/kashmirhill/2012/02/16/how-target-figured-out-a-teen-girl-was-pregnant-before-her-father-did/#4e4def1434c6>

¹⁵ Clifford, S. (2012), “Shopper Alert: Price May Drop for You Alone”, The New York Times. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2012/08/10/business/supermarkets-try-customizing-prices-for-shoppers.html>

¹⁶ Mahdawi, A: “Is Your Friend Getting a Cheaper Uber Fare Than You Are?”, *The Guardian*, 2018. Disponible en: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2018/apr/13/uber-lyft-prices-personalized-data>



datos de los consumidores a través de las plataformas digitales. Por lo tanto, y aunque la práctica de fijación de precios personalizados no está recogida como tal en la normativa de protección de datos, sí que es cierto que el mismo procedimiento entraña que tengamos que servirnos de la misma a la hora de tratar datos personales de los consumidores.

Uno de los principios fundamentales que se proyecta a lo largo de la Ley de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (LOPD-GDD)¹⁷ es la licitud (art.5.1.a) RGPD¹⁸. La licitud tiene que ver con la existencia de justificación motivada para poder llevar a cabo el tratamiento de datos personales, es decir, que se pueda explicar en base a un negocio concreto que se van a recoger los datos personales sin poner en riesgo la integridad de dicha información. Por lo tanto, los empresarios (responsables del tratamiento) que lleven a cabo una personalización de precios, deben informar con que fines específicos se realizará ese tratamiento de datos personales, recabando únicamente aquellos que sean necesarios para tal fin.

Pero, la LOPD-GDD, recoge en su artículo 9 unas categorías especiales de datos que, debido a su naturaleza jurídica, son objeto de una regulación específica que se traduce en la prohibición de su tratamiento y en un mayor grado de protección respecto de los datos personales ordinarios. Entre ellos encontramos, la ideología, la afiliación sindical, la religión, la orientación sexual, las creencias o convicciones filosóficas, el origen racial o étnico, datos relativos a la salud, datos genéticos, datos biométricos, y la vida sexual¹⁹. La vulneración en este tipo de datos tiene una potencialidad más invasora en la privacidad que en el caso de los datos ordinarios, puesto que su instrumentalización puede conculcar derechos y libertades de la persona y principios como el de igualdad y no discriminación, que muy bien inspira nuestro ordenamiento jurídico, no siendo suficiente el consentimiento del afectado para levantar su prohibición de tratamiento²⁰.

El empresario, a la hora de recoger los datos personales de los consumidores, deberá dar cumplimiento además al deber de transparencia (art. 11 LOPD-GDD), facilitando al consumidor, la información básica establecida en el apartado 2 del mencionado artículo²¹:

¹⁷ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE, núm.294, de 6 de diciembre de 2018).

¹⁸ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (DOUE, núm.119, de 4 de mayo de 2016).

¹⁹ Las excepciones a la regla general prohibitiva de estas categorías de datos, ex art. 9.2 RGPD, constituyen un numerus clausus de posibilidades de tratamiento.

²⁰ ARENAS PAMIRO, M; ORTEGA GIMÉNEZ, A: *Protección de Datos: Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*, Sepin, 2019, p. 81.

²¹ VEIGA MAREQUE, J; FERNÁNDEZ LORENZO, J: *Adaptación LOPD-GDD paso a paso*, 1ª edición, Colex, 2019, p.12.



- La identidad del responsable del tratamiento y su representante, en su caso.
- La finalidad del tratamiento.
- Plazo por el cual se conservaran los datos a tratar
- La existencia del derecho del interesado a ejercitar cuantos derechos le otorgue la normativa (acceso, rectificación, supresión, limitación, portabilidad y oposición).
- El derecho a retirar el consentimiento en cualquier momento.
- El derecho a presentar una reclamación ante la autoridad de control.
- Informar en caso de comunicación de sus datos a terceros, informando al interesado de las decisiones automatizadas que se llevarán a cabo con sus datos (con la inclusión en la elaboración de perfiles)

Sobre la base de legitimación del tratamiento de protección de datos, encontramos que las empresas deben recabar un consentimiento expreso e inequívoco del consumidor, así lo expresa el art. 6.1 de la LOPD-GDD, “*manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca [...] mediante una declaración o una clara acción afirmativa*”. Por lo tanto, las empresas sólo pueden realizar la elaboración de perfiles en los casos en que ello sea necesario para su actividad, y se base en el consentimiento del individuo.

A pesar de esto, hay que ser coherentes ¿quién daría el consentimiento para que sus datos personales se traten con esta finalidad? Puede haber consumidores que no darían su consentimiento a la utilización de tales datos si existe el riesgo de cobrarle un precio más alto que a otros consumidores, quizá por ello, muchas empresas se muestren reticentes a la hora de dar luz a estas prácticas (como quizá suceda con el presunto caso de Uber comentado en el punto anterior)²².

4. ¿Aumento del bienestar del consumidor o posible abuso de las empresas?

La adaptación por parte de las empresas de los precios a las valoraciones de los consumidores, y suponiendo que no sea posible el arbitraje, siempre es óptimo, puesto que es una forma de servir a todos y cada uno de los consumidores cuya voluntad de pago supere el coste marginal de producción, produciendo así un bienestar social. El profesor Mit Chris Knittel sugiere que “*la sociedad está más dispuesta a aceptar que los ricos paguen tarifas más altas*”²³. Por lo tanto, usando esta práctica, las empresas siempre pueden servir de forma rentable a todos los consumidores, aumentando al máximo el

²² Las empresas deben de actuar con moderación en relación a los procesos de divulgación en los mercados digitales dirigidos hacia los consumidores, evitando que socaven las implementaciones beneficiosas de la estrategia de la fijación de precios personalizados, es decir, la excesiva transparencia de precios no sólo podría facilitar los resultados de la colusión, sino que podría eliminar cualquier incentivo para que las empresas personalicen los precios.

²³ OECD: ob.cit.



bienestar de los mismos. De hecho, según una encuesta realizada por la Comisión Europea en 2018 dirigida a los consumidores en relación a sus malas experiencias con la personalización de precios en la Unión Europea, el 12% afirma que ha tenido malas experiencias en esta práctica, frente al 66% que afirma que no²⁴.

Pero, la personalización de precios también afecta a la forma en que se distribuyen los excedentes entre los distintos agentes, lo que podría dejar a algunos individuos en una situación de desventaja. Por un lado, es posible que esta práctica genere una transferencia de los excedentes de los consumidores con una gran disposición a pagar, a los que les aplican precios más elevados, a los consumidores con una menor disposición a pagar, pero también, puede afectar a la distribución de los excedentes entre los consumidores y productores, lo que podría preocupar tanto a las autoridades de competencia como de protección al consumidor, que tienen como eje central el bienestar del consumidor.

Además, es probable que el impacto de la personalización de los precios en el bienestar de los consumidores dependa de las condiciones de competencia del mercado. Si se aplica en un mercado monopolístico en el que apenas hay competencia de precios, las empresas pueden tener una mayor capacidad para utilizar sus conocimientos sobre las valoraciones para cobrar precios más elevados, pero, en mercados más competitivos, las empresas competirían de forma más agresiva por cada consumidor, lo que reduciría los precios de una forma significativa. Por lo tanto, el riesgo de pérdida de excedentes de los consumidores es menor cuando las empresas entablan una competencia agresiva de precios, a diferencia si las empresas tienen un poder de mercado sustancial, donde existe un mayor riesgo de que los precios se aproximen a una discriminación de primer grado.

Por otro lado, las empresas podría utilizar la fijación de precios con un propósito diferente al de cobrar a los consumidores en función de su voluntad a pagar, por ejemplo, las empresas podrían utilizar su capacidad de personalizar los precios para subcotizar a los clientes de sus rivales con un motivo predatorio, también conocido como la fijación selectiva de precios (esto perjudicaría además al proceso competitivo).

Por ejemplo, la empresa Clearstream, que proporciona servicios de custodia, ejecución y compensación de valores negociables fue sancionada por la Comisión Europea porque cobraba precios más elevados a uno de sus clientes (Euroclear Bank), poniéndolo en una posición de desventaja para competir por los clientes finales en comparación con sus competidores (los Euroclear), constituyéndose en este caso la posición de dominio del

²⁴ EC (2018), Consumer market study on online market segmentation through personalised pricing/offers in the European Union, European Commission. Disponible: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/aid_and_development_by_topic/documents/synthesis_report_online_personalisation_study_final_0.pdf



empresario como un abuso porque su comportamiento tiene efectos excluyentes²⁵. Por otro lado, tenemos el asunto *Deutsche Bahn Energie y Post Danmark* donde se determinó que, el hecho de que la empresa dominante utilice entre sus prácticas la discriminación de precios, es decir, cobrar a diferentes clientes o diferentes clases de clientes precios diferentes por bienes o servicios cuyos costes de producción son los mismos, o por el contrario, cobran un precio único a los clientes para quienes los costes de suministro difieran, no puede por sí mismo sugerir que existe un abuso por exclusión²⁶.

La personalización de precios también tiende a suscitar preocupaciones sobre la equidad y la confianza. Algunos consumidores suelen percibir los precios personalizados como injustos. De hecho, según un estudio de 2018 por la Comisión Europea, a más de 20.000 consumidores, reveló que solamente un 8% de los mismos veían beneficios en la personalización de precios, frente al 33% viendo de una forma negativa²⁷ (en este caso predomina la actitud neutral, con un 60%, algo que también debe hacernos recapacitar)²⁸.

Dado que la fijación de precios de forma personalizada puede favorecer a algunos consumidores y dejar a otros en peor situación, el análisis de los efectos debería basarse en el bienestar de los consumidores en su conjunto, y no en el daño impuesto a un subgrupo de personas²⁹.

²⁵ En este sentido encontramos la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 12 de Febrero de 2014 (162/2011), recurso interpuesto por la empresa AIE (el cual finalmente fue estimado) por haber discriminado a la empresa SOGECABLE, habiendo sido condenada la demandada por aplicar condiciones desiguales a los diferentes operadores de televisión para prestaciones equivalentes sin que en ninguno de esos casos las remuneraciones pactadas o exigidas lo fueran en virtud de los factores objetivos que guardan proporción con el bien gestionado. AIE, por tanto, ha llevado a cabo una práctica de discriminación de precios desde una posición de dominio en el mercado lo que ha ocasionado desventajas anticompetitivas frente a terceros contratantes, y por tanto, dicha discriminación de precios constituye un abuso desde su posición de dominio”.

²⁶ MAGGIOLINO, M:ob. Cit.. Disponible en:

https://www.academia.edu/33434806/PERSONALIZED_PRICES_IN_EUROPEAN_COMPETITION_LAW

²⁷ En este estudio es importante resaltar, que sobre los mismos porcentajes referentes a la discriminación de precios, encontramos la publicidad dirigida, siendo el porcentaje más elevado el de los consumidores que consideran que es una desventaja (con un 29%), y de igual forma como con el resto de porcentajes, encontramos un 62% de neutralidad por parte de los consumidores.

²⁸ EC: Consumer market study on online market segmentation through personalised pricing/offers in the European Union, European Commission, 2018. Disponible en:

https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/aid_development_cooperation_fundamental_righ

²⁹ En la Unión Europea se sigue una norma relativa al bienestar del consumidor, aprobada por el TJUE en el caso *Asnef-Equifax* (C-238/05): “De conformidad con el art. 101.3 del TFUE, lo que debe tenerse en cuenta es el carácter beneficioso del efecto para todos los consumidores de los mercados de referencia, y no el efecto para cada miembro de esa categoría de consumidores”.



5. Autoridades de control: autoridad en materia de competencia, autoridad de protección al consumidor y autoridad en materia de protección de datos personales

Para que la práctica de la personalización de precios se considere abusiva, sería necesario demostrar que la personalización de precios es una forma de fijación de precios excesiva o desleal, bajo el argumento de que a algunos consumidores se les cobran precios más altos por razones no relacionadas con los costes. Por otro lado, las empresas podrían fiar los precios para conseguir precios más bajos para los clientes de sus rivales, en un intento de cerrar mercado, lo que se denominaría abuso excluyente (comentado también en párrafos anteriores).

Desde la legislación sobre la competencia, parece posible abordar alguno de los riesgos en la personalización de precios, pero con limitaciones, debido al hecho de que las disposiciones sobre el abuso³⁰ de posición dominante sólo se aplican a las empresas dominantes, mientras que una gran mayoría de empresas en línea tienen poco o ningún poder de mercado³¹. En tales casos, la discriminación de precios puede constituir un abuso de posición dominante porque distorsiona la competencia en el mercado ascendente (si es hacia un proveedor) o descendente (si es hacia un distribuidor o cliente), al colocar en peor posición para competir en tales mercados a la empresa discriminada (art. 102.c TFUE³²)

En el supuesto de que la conducta de una empresa dominante en la fijación de precios de forma personalizada tenga efectos negativos a los consumidores, las autoridades de competencia disponen de una serie de opciones de procedimiento, como son las infracciones³³, pero, por el contrario, como medidas provisionales apenas pueden utilizarse en este sentido, ya que es difícil saber a priori que una conducta es perjudicial debido a los efectos ambiguos de la fijación de precios en el bienestar de los consumidores.

³⁰ Según la OCDE (2016), hay que seguir los siguientes pasos para analizar la abusividad de los precios personalizados: 1) Identificar las diferencias de precio no basadas en los costos, 2) Establecer el dominio (en la mayoría de las jurisdicciones es necesario el establecimiento de una posición dominante), 3) Analizar los efectos sobre el bienestar y la eficiencia de los consumidores, 4) Evaluar la persistencia de los efectos, y 5) Identificar la fuente de la discriminación (como puede ser la falta de transparencia). Disponible en: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)15/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)15/en/pdf).

³¹ Aun así, el riesgo de que los precios personalizados den lugar a la explotación de los consumidores, es más notable cuando las empresas tienen un poder de mercado sustancial.

³² Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (DOUE, núm.326, de 26 de octubre de 2012).

³³ Las autoridades de competencia en este sentido deberían de ser prudentes a la hora de fijar las sanciones, y que estas no sean desproporcionadas, puesto que ello podría tener un efecto negativo para las empresas, evitando la aplicación del precio personalizado, aun a pesar que esta práctica refuerce el bienestar del consumidor.



Por lo tanto, tanto la política de los consumidores como la de competencia, comparten objetivos similares, entre ellos está la promoción del bienestar de los consumidores y la mejora de los resultados económicos mediante el fomento de la competencia e innovación.

Margrethe Vestager, comisaria de la Comisión Europea para la Competencia, advertía de que:

“estos algoritmos son muy comunes. Nuestra investigación sectorial sobre el comercio electrónico muestra que dos tercios de los vendedores que rastrean los precios de la competencia emplean sistemas automáticos para hacerlo. Y que alguno de ellos usan ese software para ajustar los precios automáticamente” (...) Parte de nuestra preocupación es que ese tipo de software haya hecho que las limitaciones [para que cada vendedor pueda establecer libremente su precio] sean más efectivas”³⁴.

Vestager ya señalaba que las empresas no podían esconderse detrás el algoritmo para eludir responsabilidades, y que en un futuro habría que establecer algún control dentro del mismo para que no sobrepasar los límites de la competencia (que ya no estará programado por manos humanas, si no por una inteligencia artificial),

La legislación en materia de protección de los consumidores ofrece una serie de herramientas que pueden abordar las preocupaciones sobre la fijación de precios personalizados. Por ejemplo, encontramos las prácticas desleales, que causan un daño sustancial a los consumidores (prohibidas en la mayoría de países), siendo en raras ocasiones investigadas en el marco del derecho de la competencia³⁵.

El hecho de que esta práctica pueda ser poco transparente, o que no ofrezca a los consumidores la opción de su exclusión de forma voluntaria, puede calificarse como injusto, siendo muy perjudicial si no existen mecanismos eficaces para que los consumidores cambien las opciones de privacidad e impidan que se recojan sus datos para personalizar los precios. Si los consumidores no están informados acerca de los mecanismos que conducen a la creación de los precios personalizados, podría constituir incluso una omisión engañosa sobre la libertad de decisión del consumidor en el sentido de la Directiva de prácticas comerciales desleales (incorporada en nuestra Ley de Competencia Desleal). De hecho, una encuesta realizada por la Comisión Europea en 2018, demuestra que los consumidores tienen una reacción más positiva a la

³⁴ SÁNCHEZ, J: “La muerte del precio fijo: por qué tú y yo no compraremos lo mismo por el mismo dinero”, en *revistagq*, 2017. Disponible en: <https://www.revistagq.com/noticias/tecnologia/articulos/big-data-algoritmos-fin-del-precio-fijo/25953>

³⁵ En Japón, las prácticas comerciales desleales están reguladas por la Ley Antimonopolio y son aplicadas por la Comisión Federal del Comercio de Japón.



personalización de precios en línea cuando tienen conocimiento de que se están recopilando sus datos con dicha finalidad, que teniendo la opción de no participar en tales prácticas³⁶.

En caso de la fijación de precios personalizados se use de una forma ilícita, existe una serie de sanciones que podrían aplicarse en virtud de lo establecido en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios³⁷.

También correspondería a las autoridades de protección de datos (AEPD) velar porque en la fijación de precios personalizados y la consecuente regulación de las plataformas que usan las empresas no infrinjan la ley. El bienestar del consumidor no depende sólo de los precios y cantidades, sino también de la salvaguarda de sus derechos, como es el de la intimidad.

6. Posible discriminación de esta práctica

Las empresas, en la utilización de la fijación de precios personalizados, tienen restringida su capacidad para discriminar a los consumidores de ciertas maneras que son contrarias a los derechos humanos. Las diferencias de tratamiento a los consumidores en relación con el precio pueden afectar a la dignidad humana (art. 10 CE), lo que justifica un cierto control de precios en forma de una prohibición de discriminación³⁸, sobre todo si se están tratando datos sensibles o especiales.

Hay que tener presente que los consumidores además, son heterogéneos, por lo tanto, puede existir discriminación de precios respecto de consumidores más vulnerables (menos conocimientos o menos informados) a los consumidores más informados. Por ejemplo, en caso de una entidad bancaria, habrá clientes que tengan una cierta cultura financiera, con lo que podrán evitar que le cobren comisiones excesivas, o conseguir mejores precios, en cambio, esto no podrá hacerlo el otro grupo de clientes más vulnerable porque carece de formación en dicha materia.

Por lo tanto, debería de prohibirse taxativamente a las empresas la recopilación y el tratamiento de información sensible o especial (como hace referencia la LOPD-GDD) con

³⁶ EC: Consumer market study on online market segmentation through personalised pricing/offers in the European Union, European Commission. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/aid_and_development_by_topic/documents/synthesis_report_online_personalisation_study_final_0.pdf

³⁷ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE, núm. 287, de 30 de noviembre de 2007), Título IV, referente a la potestad sancionadora.

³⁸ ALFARO, J: "Precios personalizados y discriminación", en *almacén de derecho*, 2017. Disponible en: <https://almacenederecho.org/precios-personalizados-discriminacion/>



el fin de personalizar los precios, para no transgredir así, los derechos y principios de igualdad y no discriminación que son inalienables al ser humano.

7. Reflexiones finales

Parece ser que empieza a ser ahora, cuando aceptar la cesión de nuestros datos personales, sin apenas leer las consecuencias nos crea una gran intranquilidad. En este sentido, el consumidor está comenzando a apreciar levemente el riesgo que conlleva que las empresas recopilen datos personales en línea y utilicen algoritmos de fijación de precios, cobrando a cada consumidor su voluntad de pago exacta, permitiendo así a la empresa captar la totalidad del excedente de consumo.

Aunque los consumidores parecen mostrar un particular desagrado por los precios personalizados, ya que a menudo se perciben como injustos, estas prácticas podrían favorecer a la competencia y mejorar su bienestar. Uno de los factores que podría mitigar la percepción de injusticia de los consumidores, respecto de la discriminación de precios sería hacer más transparente su política de fijación, es decir, explicar claramente las circunstancias en las que se van a aplicar los precios y su motivo, obteniendo así las empresas una mejor reacción de los consumidores.

Sería muy recomendable que se impusieran recursos que obliguen a las empresas a revelar las prácticas de fijación de precios personalizados, ya que es fundamental que cualquier procedimiento de divulgación sea simple, claro y relevante³⁹. Además, el hecho de solicitar al consumidor utilizar los datos con dicho fin, puede ayudar a generar confianza en los mercados digitales.

En este sentido, es necesaria una coordinación entre las autoridades de competencia, de protección de datos y de protección del consumidor, ya que la posibilidad de calificar de infracción ciertas formas de fijación de precios personalizados, como uso alternativo, sería utilizar la legislación sobre protección de los consumidores para evitar prácticas accesorias a la fijación de precios que tradicionalmente se consideran desleales.

La existencia de algunos casos que den lugar a pensar que las empresas pueden llegar a estar utilizando esta práctica no proporciona pruebas suficientes para concluir que la fijación de precios personalizados es una práctica generalizada en el mercado digital, para

³⁹ Se puede consultar el informe de la OCDE sobre las mejores prácticas en la comunicación y divulgación de información a los consumidores en: <https://www.oecd.org/sti/consumer/policy-note-improving-online-disclosures-behavioural-insights.pdf>.



ello, sería necesario realizar estudios más exhaustivos que permitan cuantificar mejor estas prácticas.

Hasta la fecha no existe jurisprudencia en la que la fijación de precios personalizados, definidos como una forma de discriminación de precios a los consumidores, se haya establecido como una infracción de la legislación sobre la competencia. Sin embargo, es posible que algunas autoridades de control (competencia, protección de datos y protección al consumidor) decidan abrir investigaciones en un futuro no muy lejano.