



## DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS Y BIG DATA\*

### *Price discrimination and Big Data*

---

Javier Francisco Franco Mongua\*\*

Jesús E. Sanabria-Moyano\*\*\*

Allan Maurice Lombana Uribe\*\*\*\*

Recepción: 29 de septiembre de 2021. Aceptación: 19 de diciembre de 2022.

DOI: <http://dx.doi.org/10.21017/Rev.Repub.2023.v34.a142>

\* El presente es un producto del proyecto de investigación con código INV DER-3158 Vigencia 2020, titulado «Retos de la legislación colombiana en materia de competencia frente a la inteligencia artificial aplicada en el Mercado», financiado por la Vicerrectoría de Investigaciones de la Universidad Militar Nueva Granada (Colombia). Los autores presentan un agradecimiento a las auxiliares de investigación Ana María Torres Galindo y Juliana Katalina Ardila Díaz, estudiantes de la facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Correos electrónicos: [est.ana.torres3@unimilitar.edu.co](mailto:est.ana.torres3@unimilitar.edu.co); [tanamaria534@gmail.com](mailto:tanamaria534@gmail.com) y [est.juliana.ardila@unimilitar.edu.co](mailto:est.juliana.ardila@unimilitar.edu.co)

\*\* Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada (sede Bogotá) donde es investigador del grupo de «Derecho Privado» del Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales. Abogado de la Universidad Libre y Sociólogo de la Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia y magíster en Derecho Comparado (Económico) en la Universidad de París 1 (Panthéon- Sorbonne). Estudios doctorales en Derecho en la Universidad de Côte d'Azur (Francia) Contacto: [javier.franco@unimilitar.edu.co](mailto:javier.franco@unimilitar.edu.co) y [francomonguajf@gmail.com](mailto:francomonguajf@gmail.com) Orcid <https://orcid.org/0000-0001-8842-266X> Google Scholar <https://scholar.google.es/citations?user=VQAeSD4AAAAJ&hl=es> CvLac [https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod\\_rh=0000531308](https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000531308)

\*\*\* Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Investigador del grupo de «Derecho Público» y de la línea de «Derecho Internacional, Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario» del Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales de la Facultad de Derecho, sede Bogotá, de la Universidad Militar Nueva Granada. Abogado de la Universidad Militar Nueva Granada (Colombia). Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario aplicado a los Conflictos Armados, de la Escuela de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Ejército Nacional (Colombia). Magíster en Derecho Público Militar por la Universidad Militar Nueva Granada (Colombia). Correo electrónico: [jesus.sanabria@unimilitar.edu.co](mailto:jesus.sanabria@unimilitar.edu.co) y [jesuseduardosanabria@gmail.com](mailto:jesuseduardosanabria@gmail.com) Orcid <https://orcid.org/0000-0001-9715-5305> Google Scholar <https://scholar.google.com.mx/citations?user=YDhy9I1AAAAJ&hl=es&oi=ao> CvLac [https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod\\_rh=0001506973](https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001506973)

\*\*\*\* Asistente de investigación del Proyecto INV DER 3158, «Retos de la legislación colombiana en materia de competencia frente a la inteligencia artificial aplicada en el mercado», proyecto financiado por la Vicerrectoría de Investigaciones de la Universidad Militar Nueva Granada, Vigencia 2020. Abogado de la Universidad Militar Nueva Granada. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Militar Nueva Granada. Correo electrónico: [u0303511@unimilitar.edu.co](mailto:u0303511@unimilitar.edu.co); [allanlombana@hotmail.com](mailto:allanlombana@hotmail.com)

## RESUMEN

Este documento hace una presentación de lo que implica el abuso de la posición dominante para el derecho de defensa de la competencia, y cómo las empresas que tienen esta posición en un mercado, con ayuda del *Big Data*, pueden llegar a establecer conductas de fijación de precios perfecta o en primer grado, y cómo esta conducta puede lesionar la competencia y afectar a los consumidores. Finalmente, el objetivo de este estudio es saber si la norma colombiana está preparada para hacer frente a estas situaciones. Con este fin, el texto parte de una descripción de lo que significa la fijación y discriminación de precios en la literatura económica y del derecho; luego plantea qué significa la posición de dominio y cómo las autoridades de competencia logran determinar si una empresa tiene esta posición y hace un análisis de la norma colombiana y las decisiones proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de abusos de discriminación, de manera que se pueda concluir cuál es el enfoque con el que la autoridad ha resuelto este tipo de casos.

**Palabras clave:** Fijación de precios, Derecho de la competencia, Discriminación de precios perfecta, Posición dominante, Abuso de la posición de dominio, Big Data, Regla de interpretación *per se*, Regla de la razón, Mercado relevante, Abuso de explotación, Abuso de exclusión.

## ABSTRACT

This document makes a presentation of what the abuse of the dominant position implies for the antitrust right, and how companies that have this position in a market, with the help of *Big Data*, can establish behaviors of fixing of perfect prices or in the first degree and how this conduct can injure competition and affect consumers and finally know if the Colombian standard is prepared to face these situations. To this end, the text starts with a description of what price fixing and discrimination means in the economic and legal literature; then what does the dominant position mean and how the competition authorities manage to determine if a company has this position and an analysis of the Colombian norm and the decisions issued by the Superintendency of Industry and Commerce in the matter of discrimination abuses, so that can conclude which is the approach with which the authority has resolved these types of cases.

**Keywords:** Pricing, Competition law, Perfect price discrimination, Dominant position, Abuse of dominance, *Big Data*, Rule of interpretation *per se*, Rule of reason, Relevant market, Abuse of exploitation, Abuse of exclusion.

## INTRODUCCIÓN

En Colombia la fijación de precios no está prohibida por la ley. El artículo 333 de la Constitución Política permite la libre iniciativa privada y el desarrollo de actividades económicas, siempre y cuando estas generen bienestar al encontrarse enmarcadas en la función social de la empresa. Así pues, la disposición referida junto con el artículo 334 superior, se configuran no solo como el marco constitucional de la economía colombiana, sino también como el reflejo del modelo de Estado Social de Derecho.

En consecuencia, el Estado ostenta el deber constitucional de ser garante de los derechos de libertad de empresa y competencia económica, impidiendo en cualquier escenario que se obstruyan o se restrinjan los mismos. Sin embargo, esta obligación constitucional debe desarrollarse bajo la preservación del interés general de los participantes en el mercado. De manera que su función será la de limitar estas libertades, procurando el correcto funcionamiento de los mercados y el respeto por los derechos de los intervinientes. Por todo esto, el Estado, en cumplimiento de sus funciones constitucionales y haciendo uso del derecho de competencia, regula cada uno de estos aspectos tipificando todas aquellas conductas consideradas anticompetitivas.

En este texto se analizará la conducta de personalizar precios en el mercado, su diferencia con el establecimiento de precios discriminatorios y cómo las normas internas de competencia han hecho frente a esta. Luego se efectuará una descripción de lo que implica la discriminación de precios con el auge del *Big Data* y su impacto en el derecho colombiano de la libre competencia.

El auge del *Big Data* ha permitido que las empresas tengan a su alcance una gran cantidad de datos de sus clientes; sus gustos, preferencias de compra, horarios de búsqueda en internet, estado socioeconómico, ubicación geográfica, entre otros, los cuales permiten acercarse a lo que se ha denominado en la literatura económica como *discriminación de precios perfecta* o de primer grado. En este escenario, el competidor es capaz de asignar precios diferenciados a cada uno de sus clientes en función de los datos que este ha dejado en la trazabilidad de sus interacciones y búsquedas en internet, lo cual implica un desarrollo y control de algoritmos y sistemas debidamente entrenados para el procesamiento de esta gran cantidad de datos conocido como *Big Analytics*.

Este aspecto es uno de los que ha sido estudiado a nivel internacional, toda vez que, sin la adecuada técnica de procesamiento de datos, no se puede llegar a los resultados señalados anteriormente. Por esto, ha sido identificada por algunos autores internacionales la necesidad de que se fomente el acceso a este

tipo de técnicas, para que así se garantice la libre competencia en el mercado, que permita la existencia de una competencia dinámica y la protección del bienestar del consumidor.

## FIJACIÓN DE PRECIOS EN EL MERCADO

Grueso (2013) define el precio como: «*La medida cuantitativa de un producto, constituyendo, por tanto, un regulador básico del sistema económico*» (p. 36). A continuación, señala que el precio es visto de maneras diferentes tanto por los consumidores como por los empresarios: los primeros lo relacionan con el valor que se tiene sobre un bien o servicio, «*es decir, con su capacidad de brindarle un beneficio, resolverle un problema, satisfacerle una necesidad o cumplirle un deseo*» (p. 36); los segundos lo ven como la forma de obtención de ganancias.

La fijación de precios es una facultad inherente al ejercicio de una actividad comercial, la cual depende de distintas variables, pudiendo las empresas fijar su monto de manera libre. Lo anterior sin perjuicio del control del Estado cuando quiera que se vislumbre una conducta que pueda restringir la libre competencia, o cuando se trate de bienes y servicios que, por su especial importancia para la sociedad, deban ser regulados y vigilados siguiendo una política estatal interventora (Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto 03010950 del 28 de febrero de 2003).

De acuerdo con Grueso (2013b), la razón por la cual el legislador creó las normas de protección contra actos restrictivos de la competencia tiene que ver con la protección de «*i) la capacidad adquisitiva de bienes de consumo, y ii) la redistribución equitativa del dinero dentro de la economía*» (p. 36). Velandia (2002), por su parte, considera que esta protección de la capacidad de compra de los consumidores y la correcta y equitativa distribución de los recursos tiene como fin procurar que la economía del Estado funcione con la participación de muchas empresas, garantizando así la libertad de entrada al mercado, y la libertad de selección de los consumidores.

Ahora bien, las empresas dentro de una economía de mercado tienen la libertad de establecer sus precios en función de las variables económicas y sus costos de producción. Sin embargo, en un mercado competitivo esta libertad no es absoluta, toda vez que depende del precio que se encuentre dispuesto en el mismo para los bienes y servicios que oferta. Cossío (2013) señala que existen tres tipos de precios en un mercado: los precios competitivos, los precios monopólicos y los precios estratégicos; y explica que en el establecimiento de estos precios las empresas juegan con una variable fundamental: el precio de

venta y la cantidad de bienes producidos o —como lo denomina— *el abasto* (pp. 3-4).

De manera que en un mercado competitivo los competidores son «tomadores de precios»; es decir, ingresan al mercado, y eligen del mercado qué precios fijarán para sus bienes y servicios; por lo cual sus ingresos se verán afectados si el precio que fijan es superior al dispuesto por el mercado. Sin embargo, esta circunstancia no es la regla que predomina en los mercados, sino que, por el contrario, el mercado se caracteriza por la presencia de monopolios y oligopolios, donde, como veremos a continuación, se cambia la forma en como se tratan los precios y las cantidades producidas.

En efecto, las dinámicas del mercado han demostrado que la existencia de una competencia perfecta es la excepción a la regla, y es aquí cuando se habla de los *mercados con competencia imperfecta*. Como vimos anteriormente, la competencia perfecta en un mercado implica que los competidores ingresan a este y deben competir en función de las decisiones que hayan tomado los demás competidores. Por lo cual cada competidor comprende que «*el precio es independiente de sus propios actos*» y que «*son los actos de todas las empresas consideradas en su conjunto los que determinan el precio del mercado*» (Varian, 1998).

En el caso contrario —el de competencia imperfecta—, de acuerdo con Franco y Rey (2019), son uno o unos pocos los competidores quienes de forma individual o en concertación pueden establecer los precios de compra y venta en el mercado; dando así origen a mercados con tendencias monopolísticas, duopolistas u oligopolistas (p. 443). En este tipo de mercados los competidores dejan de actuar como «tomadores de precios», ya que las decisiones que toman no se ven directamente afectadas por las decisiones de los demás competidores —en caso de que los haya—, pudiendo así fijar los precios en función de sus propios intereses. De acuerdo con Cossío (2013b), en este tipo de mercados los competidores se convierten en «creadores de precios», debido a que pueden elegir cuánto producir y a qué precio hacerlo, sin retaliaciones por parte de los consumidores (p. 3).

En esta forma, cuando existe un monopolio en el mercado, es probable que los competidores o el competidor busquen maximizar su obtención de ganancias. De manera que en ausencia de una competencia que le imponga los precios que ha de cobrar, el monopolista se decantará por la fijación de precios monopólicos. Líneas arriba veíamos cómo en un mercado de competencia perfecta, los competidores podían moverse solo en función de la cantidad de bienes o servicios producidos. En este caso el monopolista podrá fijar el precio que considere pertinente y producir la cantidad de bienes que desee, solo teniendo en cuenta los efectos que su conducta genere sobre la demanda sobre sus productos. A

continuación, revisaremos las situaciones en las cuales el monopolista o el competidor en un mercado establece estrategias en función de las decisiones particulares de sus competidores y teniendo como objetivo maximizar sus ganancias.

Los precios estratégicos son el intermedio entre los precios competitivos y los precios de monopolio, ya que implican el diseño de metodologías de toma de decisiones a partir de la observación y la consecuente previsión de la conducta de los demás competidores en el mercado. Es aquí donde se plantea la interrogante acerca de cuáles metodologías de precios estratégicos pueden ser consideradas ilícitas y deben ser sancionadas; esto sin perder de vista que la maximización de beneficios no es un objetivo reprochable.

Las empresas dentro de un mercado de competencia imperfecta – bien sea monopolio, duopolio u oligopolio – pueden considerar la entrada de nuevos competidores como una situación de riesgo para su posición. Por este motivo, pueden adoptar estrategias que busquen impedir la entrada de esos nuevos competidores; una de ellas es la *discriminación de precios*.

## LA CONDUCTA DE DISCRIMINAR PRECIOS

Anteriormente vimos cómo en mercados de competencia perfecta los competidores son considerados como «tomadores de precios», por lo cual la fijación de los precios por sus productos debía atender a los precios del mercado, los cuales, a su vez, son fijados en función a las decisiones de los demás competidores en conjunto. Ahora bien, lo que caracteriza a los mercados con tendencias monopolísticas, duopolistas u oligopolistas es el ánimo de las empresas por vender mayor cantidad de sus productos, sin tener que reducir los precios previamente establecidos.

Para Díez-Estella (2014), la discriminación de precios es la conducta que ejerce un competidor: «*cuando vende diferentes unidades de un bien o servicio a diferentes precios que no se corresponden con las diferencias en el coste de este producto*» (p. 315). Aquí entonces, de acuerdo con el autor, se agrupan las situaciones donde se vende a diferentes personas los mismos bienes o servicios a precios diferenciados y aquellas donde se venden las mismas unidades de bienes a una misma persona, pero a diferentes precios; como cuando se establecen diferentes precios atendiendo a la hora de la compra y el volumen de venta.

La discriminación de precios se ha estudiado con base en la reunión de los siguientes elementos para su conformación: *i)* que el agente del mercado que la aplica tenga una posición dominante; *ii)* que se pueda evitar el arbitraje, y

iii) que exista abundante información que proporcione el conocimiento acerca del valor que le da cada consumidor a determinado bien o servicio (Botta & Wiedemann, 2020, pp. 383-386). Así pues, de acuerdo con la literatura económica, existen tres tipos de discriminación de precios, a saber:

***Discriminación de precios de primer grado o perfecta:*** Es la estrategia del empresario en la cual, con el objetivo de obtener todo el excedente del consumidor, fija precios diferenciados a cada uno de sus clientes por la adquisición de los mismos bienes y servicios. Nicholson (2008) señala que este tipo de discriminación de precios solo es efectiva en la medida en que no se produzca el arbitraje; es decir, la reventa de los productos (pp. 397-407). Sobre este punto, Varian (1998) afirma que lo difícil para las empresas no es impedir el arbitraje sino la clasificación de los consumidores, toda vez que deben evaluar si lo harán en función a categorías exógenas o endógenas; un ejemplo de la primera categoría es la edad del consumidor y de la segunda categoría, la clasificación a partir de las cantidades compradas y el momento en que fue realizada la compra (p. 284). Todo esto implica un análisis más profundo acerca de los consumidores y la obtención de un gran cúmulo de información de estos.

***Discriminación de precios de segundo grado:*** Para Varian (1998b) este tipo de estrategias van encaminadas a la fijación de precios en razón al volumen de compra del consumidor; por lo cual, en este grado es común ver estrategias como los descuentos por la compra de grandes cantidades. La fijación también puede darse atendiendo al momento en el cual se concreta la venta; por ejemplo, los descuentos ofertados cuando quedan pocas horas para el despegue de un vuelo. Así mismo, en este tipo de discriminación se pueden observar estrategias como la venta en paquetes de productos, la cual consiste en que los precios de venta del producto principal se establecen cerca a los costos marginales, y los precios por el producto secundario se fijan más altos (Hovenkamp, 2011, p. 11).

***Discriminación de precios de tercer grado:*** Nicholson la caracteriza porque su factor determinante es la segmentación de los mercados, de manera que el empresario puede aplicar precios diferentes al haber conseguido agrupar a sus consumidores en pequeños mercados (2008, p. 399). Por ejemplo, mercados rurales y urbanos, nacionales y extranjeros, entre otros. Respecto a la discriminación de precios basada en la ubicación geográfica o *geo-blocking*, «se trata de una segmentación de los consumidores en función de los países en los que se encuentran» (Antón Juárez, 2020, p. 370); lo cual no está prohibido, aunque, sin embargo, en el marco del mercado de la Unión Europea, existe un reglamento especial que prohíbe la discriminación injustificada basada en la ubicación geográfica, la nacionalidad y el lugar de residencia de los clientes (Unión Europea, Reglamento 302 de 2018).

## LA DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS Y EL RÉGIMEN DE NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Hovenkamp (1994, como se citó en Cossio, 2013) define la discriminación de precios como la conducta que tiene lugar cuando «una firma hace dos ventas de un producto similar a dos tasas de retorno distinta». Sobre el particular anota Cossio (2013c) que la discriminación de precios no es igual a la diferenciación de precios; esto, toda vez que la diferenciación no implica el establecimiento de un tratamiento discriminatorio «en la medida en que el costo marginal de vender a dichos consumidores varíe» (p. 7).

En el análisis de los modelos económicos algunos autores consideran que la discriminación de precios puede promover la eficiencia dinámica de los mercados. Isabel Antón Juárez (2020) hace una breve reseña acerca de cómo la discriminación de precios puede llegar a sanear los defectos del mercado ocasionados por los monopolios. El ejercicio que propone es el estudio de tres modelos de mercado: el competitivo, el monopolista y el que cuenta con discriminación de precios. En el mercado competitivo, los precios de venta estarán muy cercanos a los costos marginales, pudiendo así producir la mayor cantidad de bienes a iguales precios; por su parte, el mercado con presencia de monopolio puede traer consigo una disminución de la oferta, toda vez que el empresario, al cobrar más por sus bienes, ocasiona que estos no sean accesibles para los consumidores que no tienen la capacidad económica para comprar a estos nuevos precios; finalmente, en los mercados con presencia de discriminación de precios se evidencia que la oferta aumenta debido a que como existen compradores que pagan más por determinado bien, este extra en el ingreso incentiva al empresario a producir los bienes y venderlos a precios más bajos, alcanzando así a la mayor parte de los consumidores con interés de comprar (pp. 372-375), además de incentivar la inversión en I+D (Maggiolino, 2017, p. 16).

Sin embargo, estos modelos económicos no dejan de ser supuestos de la realidad, toda vez que cada mercado tiene sus particularidades, que harán que difiera en cierta medida de los modelos mencionados. Con esto, las autoridades de competencia, para poder establecer qué prácticas son anticompetitivas o eficientes, deberán analizar e investigar el mercado concreto en el cual se esté llevando a cabo la conducta.

Anteriormente vimos cómo uno de los elementos para la fijación de precios discriminatorios es la existencia de una posición de dominio en el mercado. Por tal motivo, en los siguientes apartes haremos una mención de lo que para el derecho de la competencia implica esta figura.

La posición de dominio en el mercado es una condición que se cumple cuando quiera que, en el estudio de un determinado mercado, confluye en una empresa un porcentaje considerable de cuota de mercado. Es aquí donde las autoridades de competencia deben analizar cuál es el «mercado relevante». Para Pérez Benítez (2017) el estudio que hace el derecho de la competencia en la determinación del mercado relevante se trata de la identificación de las *presiones competitivas* a las que se ve abocada la empresa en cuestión; presiones que pueden ser de tipo geográfico, de producto o de servicio (p. 175). A partir de lo anterior se identifican tres fuentes de presión competitiva: sustituibilidad de la demanda, sustituibilidad de la oferta y competencia potencial (p. 175b).

A partir de estos elementos se aplica el siguiente test basado en la estructura, el comportamiento y los resultados: el primer criterio tiene que ver con los factores externos que afectan el comportamiento de las empresas; el segundo es el relacionado con la conducta de las empresas en la determinación de sus políticas de precios, producción y ventas; y el tercero es la valoración de todo el proceso llevado a cabo en el mercado (Díez-Estella, 2014, pp. 260-261).

En el ámbito del derecho comunitario europeo, el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea señala que para que una conducta sea considerada como abusiva de la posición de dominio deben confluír los siguientes elementos: i) existencia de una posición dominante por parte de una o más empresas en el mercado; iii) una conducta abusiva de dicha posición de dominio, y iii) que como consecuencia de esta conducta se pueda ver afectado el mercado (Díez-Estella, 2014, p. 260).

La estructura de la norma genera una tensión entre lo que podría considerarse una conducta anticompetitiva y una actuación normal en el mercado. El problema radica en la determinación del elemento *abuso*, ya que la norma parte del presupuesto sobre el cual la existencia de una empresa con posición de dominio en determinado mercado permite inferir, en una primera fase, que el proceso competitivo en dicho mercado tiene una falencia; sin embargo, por otra parte, la posición de dominio puede ser el resultado de la lucha legítima de las empresas por la maximización de utilidades y el aumento de sus cuotas de mercado, afectando los intereses de otras empresas (Díez-Estella, 2014, p. 261).

Esta concepción sobre el abuso de la posición dominante se puede observar en el caso Hoffmann-La Roche, en el cual se dejó claro que en una empresa con posición de dominio, el mantenimiento de las cuotas de mercado son un indicador de que esta posición está queriendo ser conservada por la empresa; y a su vez, los métodos que use para mantener esa posición son los que pueden ser

considerados como un abuso (Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, 1979, como se citó en Díez-Estella, 2014). Esta posición es criticada por Díez-Estella (2014), toda vez que genera una confusión entre lo que es el mantenimiento de las cuotas de mercado y los métodos utilizados para ello; provocando que se elimine «*la diferencia entre situaciones en las que la conducta es indicativa de la existencia de una posición dominante y aquellas situaciones en las que la misma conducta es indicativa de la existencia de un abuso de dicha posición*» (pp. 261-262).

## DETERMINACIÓN DE LA POSICIÓN DE DOMINIO

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1938, como se citó en Díez-Estella, 2014) define la posición dominante conforme al artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea como «*una posición de fuerza económica de la que goza una empresa que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante posibilitándole comportarse en una medida apreciable independientemente de sus competidores y clientes y, en definitiva, de los consumidores*» (p. 269).

De acuerdo con Bailey & Jhon (2019), para que una empresa ostente una posición dominante en un mercado, se deben configurar las siguientes condiciones: «1) *la definición de mercado relevante*; 2) *demostrar que la empresa tiene una cuota de mercado persistentemente alta en tal mercado*; 3) *demostrar que no es probable que rivales actuales o potenciales erosionen la posición de la empresa en posición dominante*; y 4) *demostrar que la posición dominante existe (...)*» (p. 508).

Así pues, se constituye la definición de mercado relevante como un requisito previo para el análisis de la existencia de una posición de dominio en el mercado y el presupuesto inicial para la determinación de la conducta de la que habla el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, concordante, a su vez, con la comunicación de la Comisión Europea de 1997 (Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación de 1997).

## LA DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS Y EL ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MARCO DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

Acorde con las disposiciones normativas contenidas en los artículos 101 y 102 del Tratado Funcional de la Unión Europea, desde ahora TFUE, la discriminación de precios es considerada ilegal; entendida esta como la aplicación de condiciones diferentes a transacciones similares que causen desventajas competitivas (Bourreau & de Streeck, 2020, pp. 7-9). Sin embargo, como se vio ante-

riormente, es el concepto de abuso el que finalmente determinará si la conducta realizada por una empresa con posición de dominio es considerada como anticompetitiva o, por el contrario, legítima cuando busque la maximización de ganancias y eficiencia. En lo que respecta a esta, bien puede decirse que el concepto de abuso ha ido evolucionando a lo largo de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, partiendo inicialmente de la comprensión de *abuso* como «*un concepto objetivo*» (Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Sentencia 21 de febrero, 1973, apartado 20).

Esa concepción posteriormente ha sido ampliada por el mismo órgano al señalar que la norma tenía como fin prohibir «*a una empresa dominante eliminar a un competidor y, en consecuencia, reforzar su posición empleando métodos distintos de aquellos que se consideran como incluidos en el concepto de competencia basada en la calidad*» (Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Sentencia 3 de julio, 1991, apartado 70). Tal concepto generó que al respecto surgieran distintas opiniones sobre la diferencia existente entre la competencia agresiva dada a través de los precios y la configuración de una conducta a través de los abusos de exclusión, toda vez que se consideró que esta interpretación podría generar confusión al momento de aplicar tal disposición (Vilá Costa, Comentario a la Sentencia del TPI, de 3 de julio de 1991, Asunto C-62/86, *Akzo Chemie BV, c. Comisión de las Comunidades Europeas*, *Revista Jurídica de Cataluña*, n. 2, 1992, p. 279).

Sin embargo, más adelante, en el caso *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc*, el Tribunal volvió a establecer una nueva postura al plantear que la norma tenía como fin proteger a los consumidores de prácticas que pudieran ocasionarles un perjuicio, al tiempo de garantizar la no afectación del proceso competitivo (Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Sentencia 21 de febrero, 1973, apartado 20; Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Sentencia 10 de julio, 2014, apartado 171). Por lo que, finalmente, es este último enfoque el que recientemente se ha venido empleando en la resolución de los casos por parte del máximo tribunal en el mercado único europeo.

## LA DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS Y EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO EN COLOMBIA

Ahora bien, en lo que respecta a la legislación nacional, el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 señala expresamente las conductas que se configuran como un abuso de la posición de dominio en el mercado. De esto, es importante resaltar que tal y como también lo regula el artículo 102 de la TFUE, en Colombia para que una conducta sea considerada como abusiva, primero es necesario que exista una posición de dominio que posteriormente permita al

agente económico abusar de ella. De forma tal que la legislación colombiana no concibe que pueda existir una conducta abusiva sin antes haber existido una posición de dominio. Sin embargo, aunque la posición dominante es el presupuesto esencial de las conductas consideradas como abuso en la norma colombiana, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) ha sido enfática en sostener que el hecho de que un competidor en un mercado ostente esta posición no implica necesariamente la existencia de un abuso, toda vez que la norma no «*considera abusivo el tomar una ventaja razonable y leal de la posición de dominio, si ello no conduce a un beneficio injustificado [...] en perjuicio de los otros agentes del mercado*» (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 53403 de 2013).

Dicho esto, debe pasar a determinarse lo que verdaderamente implica esa posición. En efecto, el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 define la posición dominante como «*La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado*». Por su parte, la SIC (2000) ha afirmado que esta condición en el mercado permite que «*un agente económico [...] pueda modificar unilateralmente las condiciones en que se presta el servicio o se vende el producto respectivo, sin consideración de los competidores o clientes y de forma perdurable*» (p. 19). Adicionalmente, la Corte Constitucional también se ha pronunciado al respecto asegurando que la empresa con posición dominante tiene la capacidad de «*influir notablemente en el comportamiento y las decisiones de otras empresas y eventualmente, de resolver su participación o exclusión en un determinado mercado*» (Sentencia C-616/01).

De esta forma, se observa cómo la posición de dominio debe ser examinada de acuerdo con la presión competitiva que tenga determinada empresa respecto a los siguientes aspectos: *i)* la oferta de bienes y servicios, *ii)* la capacidad de fijación de las condiciones de venta de forma perdurable, sin que se presenten represalias como la pérdida de cuota de mercado, y *iii)* la determinación del mercado relevante, esto es, el lugar en el cual se ostenta dicha posición.

Ahora bien, por mercado relevante se ha entendido la determinación de «*cuáles son los bienes y servicios entre los que puede plantearse una competencia efectiva, así como ámbito geográfico dentro del cual se ofrecen y se intercambian, analizando la sustituibilidad entre los distintos productos ofrecidos y demandados en el correspondiente mercado*» (Corte Constitucional, Sentencia C-616/01, 2001). En el caso Satena, la autoridad de competencia analizó los siguientes puntos en la determinación del mercado relevante: *i)* el producto; *ii)* la ubicación geográfica; *iii)* descripción del competidor investigado en cuanto a su capacidad de venta y participación en el mercado, capacidad de modificar las condiciones de precios y volumen de producción de forma unilateral y la reacción de los competidores frente a estas conductas; la existencia de barreras de entrada de tipo legal,

económicas; iv) capacidad de reacción de los consumidores; y v) la prolongación de la conducta en el tiempo (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 4285 de 2002).

En cuanto a la participación en el mercado, la SIC ha sido clara en afirmar que, aunque no es un factor determinante en el análisis del mercado relevante, la denominada *cuota de mercado* que posea la empresa dominante es un indicador del poder decisorio que tiene en dicho mercado. Así mismo, en la evaluación de este criterio no se ha fijado un porcentaje mínimo o máximo a partir del cual se pueda concluir que existe una posición dominante; sin embargo, si una empresa cuenta con un porcentaje de participación bastante elevado, es más probable que su conducta sea independiente a la de los demás consumidores y competidores, situación que no ocurriría si la empresa tuviera un porcentaje mínimo de cuota de mercado (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 22624 de 2005).

## ABUSOS DE DISCRIMINACIÓN

En la legislación colombiana, los abusos discriminatorios se encuentran contenidos en los numerales 2.º y 4.º del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. Al respecto, Jiménez Valderrama (2019) afirma que con esta conducta se vulnera el principio denominado *par conditio concurrentium*, según el cual «*todos los operadores que se encuentran en el mercado deben actuar bajo las mismas reglas y en las mismas condiciones*» (p. 55).

El numeral 2.º hace alusión a la discriminación llevada a cabo entre operaciones equivalentes y a sujetos en situaciones análogas. Por su parte, en el numeral 4.º se prohíben las conductas consistentes en la discriminación al momento de la venta o la prestación de servicios, llevada a cabo con la intención de disminuir o eliminar la competencia (Decreto 2153 de 1992). En razón a esto, Arboleda (2017) señala que la situación contenida en el numeral 4.º es más amplia que la contenida en el numeral 2.º y permite una mayor protección, ya que no exige la comprobación de la equivalencia de operaciones y la similitud de condiciones de los agentes; para su imputación solo basta la prueba de la intencionalidad de falsear la competencia (p. 124).

Por su parte, la SIC, en algunos casos que se mencionarán, ha hecho una conceptualización y adoptado los criterios de interpretación y aplicación de los preceptos citados. Para la discriminación en operaciones equivalentes y en sujetos con condiciones análogas, ha señalado como elementos de la conducta: i) la existencia de operaciones equivalentes; ii) la aplicación de condiciones discriminatorias a estas operaciones; y iii) que la aplicación de dichas condiciones

afecte o ponga en situación de desventaja a consumidores y competidores en condiciones análogas (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 42828 de 2010).

Para determinar estos elementos, la SIC analiza las condiciones y/u operaciones equivalentes a través del análisis de la infraestructura utilizada por las empresas y los costos (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 029631 de 2008), y la similitud entre los sujetos objeto del trato diferenciado, bajo criterios como la demanda y el perfil de consumo (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 42828 de 2010b). De manera que solo existe discriminación cuando quiera que «*se presenten condiciones análogas entre los agentes que desarrollan las operaciones o actividades dentro de la industria o del comercio, es decir, bajo las mismas circunstancias*» (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 588 de 2003).

Por su parte, la discriminación con fines de disminuir o eliminar la competencia exige que se compruebe la intención de afectar la competencia a través de la venta o prestación de servicios a precios diferentes desprovista de cualquier justificación del tratamiento diferencial (Jiménez Valderrama, 2019, p. 55).

Para la SIC la intencionalidad se comprueba cuando se evidencian acciones que tengan la potencialidad de eliminar la competencia o disminuirla. Por ejemplo, en la investigación efectuada en 2018 contra la Empresa de Acueducto de Bogotá, fue determinante la conducta consistente en la instalación de artefactos limitadores del caudal de agua, afectando las condiciones de venta de agua en bloques a la empresa COJARDÍN. Circunstancia que la puso en situación de desventaja frente a las demás competidoras, al limitar el caudal de agua recibido (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 14305 de 2018).

Lo particular de la decisión citada es que la autoridad no realiza una descripción de los elementos de la conducta, sino que hace un análisis de la justificación de la conducta considerada discriminatoria y los efectos que esta provocó en la competencia. Con lo cual es válido concluir que la interpretación de la discriminación con la intención de afectar la competencia implica una valoración del porqué de la aplicación de tratos diferenciados a situaciones similares.

Para comprender el alcance del concepto «diferenciación no justificada», debemos acudir a los elementos señalados por la autoridad de competencia y la Corte Constitucional frente a este concepto. Para la Corte Constitucional el trato diferenciado solo es admisible si concurren las siguientes condiciones:

- i) Supuestos de hecho diversos, ii) Finalidad en la diferencia de trato, iii) Legitimidad o validez constitucional en la finalidad propuesta, iv) Que los supuestos

de hecho diversos, la finalidad perseguida y el trato desigual otorgado guarden una coherencia o eficacia interna, es decir, una racionalidad entre ellos, y v) Que el trato desigual sea proporcionado (evidencie una relación de adecuación) con los supuestos de hecho diversos y la finalidad pretendida (Sentencia C-043/02, 2002).

Para la SIC la justificación es válida cuando quiera que se encuentre sustentada en adecuados estudios económicos y de mercado que permitan aumentar la venta de los bienes y servicios cubriendo los costos operacionales (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 04285 de 2002). Con lo cual, la discriminación existe cuando quiera que no exista dicha justificación de tipo económico que respalde la actuación de la empresa con posición dominante.

## **APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA COLOMBIANAS AL ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO**

El Derecho de la Competencia tiene una profunda relación con la economía en el análisis de los planteamientos y las teorías de eficiencia de las decisiones. A partir de esto, las normas de competencia pueden ser estudiadas desde una visión económica positiva y una visión económica normativa.

Para la visión del análisis económico positivo, lo relevante en la evaluación de las acciones de los individuos y empresas es de qué manera pueden encajar en las normas existentes y las consecuencias legales aplicables, sin que existan consideraciones previas acerca de su utilidad o eficiencia. Por su parte, el análisis económico normativo busca evaluar las consecuencias desde un punto de vista de utilidad y eficiencia del uso de determinado recurso, en este caso la aplicación de la norma (Ossa Bocanegra, 2018, p. 134). Para Posner (1998) esta visión implica demostrar que los medios usados para alcanzar determinado fin son ineficientes, siendo necesario usar métodos diferentes que permitan un menor costo (p. 28).

En el análisis de los comportamientos dentro del mercado se observa que no todo comportamiento trae consigo consecuencias nocivas para el mercado; hay conductas que incluso pueden traer consigo efectos beneficiosos, por lo cual su reproche y sanción debe reevaluarse. Es así como a lo largo del desarrollo de las normas antimonopolio han surgido las reglas de interpretación conocidas como regla de la razón y regla *per se*.

Para la regla *per se* la valoración de una conducta, según la cual su ilegalidad está dada por «*la realización de lo descrito y prohibido en la norma*» (Ossa Bocanegra, 2018, p. 138), se hace estableciendo una presunción de derecho bajo la cual

una conducta es reprochable y debe ser sancionada por su objeto, sin establecer otro tipo de consideración. Por su parte, la regla de la razón analiza las conductas en cuanto a los efectos ocasionados en el mercado, teniendo en cuenta tres criterios: «*La naturaleza, el propósito y el efecto de la restricción a la libre competencia*» (Miranda & Ibarra, 1999, p. 4).

La SIC ha resuelto las investigaciones por abuso de posición de dominio teniendo una preferencia por la regla *per se* como criterio interpretativo. En un estudio realizado por Ossa Bocanegra (2018), se evidenció que entre 2011 y 2016 la regla *per se* fue usada en un 79,17%, en comparación con la regla de razón, la cual tuvo solo un 20,83% de aplicación en la resolución de los casos. Además, los casos de abuso de la posición dominante en los cuales se usó el criterio interpretativo de la regla de la razón son aquellos donde se aplicaron los numerales 3.º y 6.º del artículo 50 del Decreto 2153; siendo usada con más frecuencia la cláusula general de prohibición del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (pp. 129-170).

A partir de este análisis, es correcto afirmar que en Colombia la predilección de la autoridad de competencia es recurrir a la cláusula general de prohibición de las conductas restrictivas de la competencia. La razón de esto es la imposibilidad de determinar todas las conductas que puedan ocasionar perjuicios a la competencia y el mercado. Sin embargo, esta interpretación amplia podría llevar a la inseguridad jurídica y a que los investigados no tengan certeza de qué actuaciones podrían llevarlos ante la SIC, lo cual puede reñir con la libre competencia económica contenida en el artículo 333 de la Constitución Política.

De manera que los criterios interpretativos que ha usado la SIC de manera preponderante en las investigaciones por abuso de la posición dominante se pueden resumir a un uso de la presunción de ilegalidad *per se* y el uso de la cláusula general de prohibición. Para Herrera Saavedra (2018), lo anterior significa que el derecho de la competencia colombiano fue legislado para poder hacer frente a las conductas consideradas anticompetitivas, desde su objeto como por los efectos ocasionados (pp. 175-180). Esto se desprende del sentido literal del artículo 1.º de la Ley 155, al indicar que están prohibidos

todos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos (Ley 155 de 1959).

Con lo cual, en la práctica, es poco probable señalar las consideraciones de la autoridad de competencia como un problema dicotómico en la aplicación de

una figura o la otra. En Colombia los criterios se encuentran mezclados, haciendo más difícil la labor de determinar cuándo y cuáles métodos económicos se han de usar para demostrar la anti-competitividad de una conducta (Herrera Saavedra, 2018).

En el caso seguido en contra de la Empresa de Energía de Boyacá S. A. E.S.P. Empresa de Servicios Públicos EBSA ESP (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 3694 de 2013), para determinar si el cobro por el servicio de homologación de los medidores de consumo de energía era abusivo de la posición de dominio, la SIC efectuó un análisis del mercado, determinando cómo la conducta tenía el efecto de aumentar los costos de los distribuidores de energía, haciendo que no tuvieran otra opción de entrada al mercado sino a través del recorte del margen de utilidad o trasladando los sobrecostos al consumidor final.

Relacionado con la postura de la SIC frente a las argumentaciones de eficiencia económica y de mejora en el bienestar del consumidor, el caso Gases de Occidente GDO es ilustrativo. En esta oportunidad la SIC investigó si la conducta llevada a cabo por GDO, consistente en establecer requisitos adicionales a los exigidos por la regulación sectorial en la instalación de redes internas de gas, tuvo el efecto de crear barreras de acceso a este mercado, haciendo un uso abusivo de su posición dominante en el mercado de distribución de gas. En este caso la empresa investigada afirma que, con su conducta, se «*generaron beneficios sustanciales para los usuarios relativos a su seguridad, calidad e idoneidad de los servicios que recibirán por parte de los instaladores*» (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 4907 de 2013). Para resolver el caso, la SIC estableció que los efectos generados con esta conducta constituían una barrera adicional de acceso a los competidores dedicados a la instalación de redes internas de gas, toda vez que, al ostentar GDO una posición de dominio, pudo establecer condiciones de registro más rigurosas que las impuestas por la regulación sectorial, de manera que eliminó la posibilidad de que entraran al mercado estas empresas, eliminando así la competencia y perjudicando a los usuarios finales (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 4907 de 2013b).

## DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS Y BIG DATA

Una de las situaciones que actualmente tiene ocupada a la academia, es el acceso de la información por parte de los agentes económicos a través de herramientas como el Big Data. De acuerdo con la literatura especializada, este concepto identifica a la «*técnica para la recolección, tratamiento, transformación y análisis de grandes volúmenes de datos*» (Ospina Díaz, 2019). Esto ocurre debido a las innumerables interacciones de los consumidores en la red y a la

interconexión no solo de las personas sino también con los objetos (*internet de las cosas*). En esta forma, es posible que una empresa pueda tener acceso a los gustos los consumidores, su estado civil, su capacidad económica, etc. Esta información les hará capaces de ofrecer los bienes y servicios con tal conocimiento sobre el consumidor, que les permita fijar precios diferentes para cada comprador (Antón, 2021 pp. 45-47).

Ahora bien, como vimos a lo largo de este documento, la discriminación de precios no es una estrategia desarrollada hace poco tiempo y que solo sea empleada en el mercado a través de las plataformas virtuales. En los mercados tradicionales la discriminación se ha presentado en dos formas: i) el riesgo que implica el cliente y ii) el precio de reserva. En la primera clasificación las empresas fijan sus precios con base en el coste que implica ofrecer un bien o servicio a determinado cliente; el ejemplo más común es el mercado de los seguros. Y en la discriminación por el precio de reserva, el empresario parte del conocimiento que tenga del precio al que está dispuesto a pagar cada cliente por adquirir determinado bien o servicio; situación que implica un grado elevado de conocimiento de los clientes (Antón, 2021, pp. 45-47b).

Hasta antes del desarrollo del *Big Data*, las empresas debían recurrir a estrategias de marketing que les permitieran conocer a sus clientes, clasificarlos y fijarles precios diferenciados. En cambio, en el e-commerce las empresas han desarrollado una lista de estrategias encaminadas a la captación de clientes con base en criterios como el *software* o sistema operativo del dispositivo a través del cual el consumidor ingresa a internet y visualiza las ofertas; la marca o tipo de dicho dispositivo; los sobrecargos añadidos luego de que el consumidor ha seleccionado el producto; el establecimiento de precios señuelo que les permitan encaminar al consumidor a que compre determinado bien a determinado precio, entre otras (Antón, 2021, pp. 54-56).

En efecto, las empresas siempre buscarán el aumento de sus ingresos, y esto lo conseguirán por medio de estrategias de fijación de precios que les permitan obtener mayor cantidad del excedente del consumidor. Dicho escenario de discriminación de precios perfecta requiere de un pleno conocimiento del empresario sobre sus consumidores. El paso de grados de discriminación de los precios tiene como factor determinante la información que la empresa pueda adquirir, de forma que es una evolución gradual dependiendo del poder de extracción de datos que tenga.

Este proceso se ha facilitado debido al auge del *Big Data*, lo cual implica que las estrategias de discriminación de precios podrán ser llevadas a cabo sin que las empresas tengan el temor de retaliaciones por parte de los consumidores, que no podrán comparar los precios que les son ofertados, y por ende no se des-

plazarán a otros competidores que ofrezcan productos sustitutos, con lo cual la empresa mantendrá su cuota de mercado intacta. (Bourreau & de Streeck, 2020).

El problema de este tipo de conductas es que, en principio, no implican una afectación al mercado, habiendo incluso autores que señalan que esta práctica puede contribuir a una mejor y equitativa distribución de las ganancias y un aumento en la oferta que implique que un mayor porcentaje de consumidores puedan tener acceso a los bienes y servicios que antes no podían adquirir (Maggiolino, 2017), disminuyendo así lo que en literatura económica se conoce como el *deadweight loss* (Rubí Puig, 2021, p. 7). A una conclusión similar llega Antón Suárez (2021) al afirmar que:

Desde un punto de vista económico, la discriminación de precios incluso en un mercado monopolístico puede aumentar el bienestar del consumidor. Es decir, reduciría los efectos perniciosos del monopolio (reducción de la oferta). La discriminación de precios permitiría aumentar el tamaño de mercado. El consumidor que está dispuesto a pagar menos entra en el mercado a costa de que haya otro consumidor (el que está dispuesto a pagar más) al que se le cobre más por el mismo producto (p. 59).

Esta posición es preocupante, ya que implica un riesgo de que las normas de competencia no puedan hacer frente a este tipo de conductas justificadas en la eficiencia y mejora del bienestar del consumidor. En el marco de la Unión Europea se ha debatido al respecto, y se ha considerado que, aunque la discriminación de precios no es una conducta dirigida de forma directa hacia los competidores, puede tipificarse como un abuso de la posición dominante de acuerdo con el literal c del artículo 102 del TFUE, cuando quiera que la práctica produzca efectos de explotación, al extraer la totalidad del excedente del consumidor (Antón, 2021 p.51). Sin embargo, es importante que la autoridad encargada de aplicar la norma realice un estudio caso por caso, toda vez que la intervención normativa podría llegar a desincentivar la inversión e innovación de las empresas<sup>1</sup> (Herrera Saavedra & Sanz Ramírez, 2021).

En un estudio realizado por Competition and Markets Authority CMA (2020) se concluyó que no hay una evidencia clara que permita inferir la existencia de una

---

1 Este es uno de los principales planteamientos de la Escuela de Chicago, al considerar que la personalización de precios puede ser una forma que tienen las empresas para recuperar la inversión realizada en el costo fijo de la producción. Para ver más a fondo el análisis de los planteamientos de las escuelas económicas y su importancia en la aplicación del derecho antimonopolio.

discriminación de precios en el mercado digital. Esto se debe a que las empresas evitan las retaliaciones de los consumidores, por lo cual, es probable que las estrategias de discriminación de precios sean aplicadas de forma indirecta; bien sea por medio de descuentos personalizados o por discriminación o dirección de búsqueda<sup>2</sup>, consistente en el ofrecimiento de productos a los consumidores de acuerdo con la información que esté disponible en la red (Ward, 2000).

Un ejemplo de esta situación se evidenció en una investigación encaminada a determinar si existía discriminación de precios en la red. En efecto, se descubrió que los algoritmos de fijación de precios usados por Uber pueden llevar a la fijación de precios discriminatorios, en razón a que el algoritmo establece áreas en las cuales se aumenta la sobretensión de precios. El problema radica en que estas áreas pueden provocar que dos usuarios que estén a una distancia corta entre sí reciban sin saberlo información de precios diferentes (Chen, Mislove & Wilson, 2015).

Finalmente, ante la incertidumbre en la aplicación de las normas de competencia, algunas autoridades se han decantado por el uso de medidas *ex ante*, bajo la premisa de que no se produzca una intervención estatal que pueda llegar a detener el proceso competitivo. Por ejemplo, Competition and Markets Authority desarrolló un nuevo régimen de regulación para grandes empresas en los mercados digitales. Esta nueva regulación parte del supuesto de que estas empresas tienen un estatus de mercado estratégico (SMS), el cual, según Marty, (2019) han obtenido a partir de su capacidad de procesamiento de la información, y con la cual han podido establecer condiciones contractuales excluyentes basadas en dicha asimetría informativa (p. 65), configurándose en algunos casos conductas excluyentes y explotadoras de posiciones de dependencia económica (United States of America. U.S. Department of Justice. Case 1:20-cv-03010. Google LLC. 2020).

El régimen prevé la creación de una entidad especializada en la investigación de los mercados digitales. La Unidad de Mercados Digitales (DMU) tendrá facultades especiales para diseñar medidas de intervención *ex ante* como la creación de códigos de conducta empresariales basados en principios protectores del libre mercado y Medidas de Intervención Pro-competitivas (PCI) – control sobre los datos a través de interoperabilidad, silos de datos, compatibilidad de *software*, separación funcional y operativa –, las cuales serán diseñadas a partir de un procedimiento interno en el cual participen la empre-

---

2 Por ejemplo, la manipulación de las cookies de navegación en las páginas web, de forma que se puedan establecer los gustos y las preferencias de los consumidores y con base en esta información establecer los precios personalizados.

sa intervenida y las autoridades de protección de datos, garantizando un desarrollo coherente de las medidas y las leyes de protección de datos existentes (Competition & Markets Authority, CMA, 2020).

Otro ejemplo de este tipo de regulación, de acuerdo con Argelich (2022), se encuentra en la «*Ley contra las restricciones a la libre competencia*», expedida el 19 de enero de 2021 en Alemania, luego de que se aprobara la denominada *P2B Regulation*. En dicha Ley se establecen, como medidas para combatir la asimetría negocial en las plataformas digitales, la posibilidad de que la autoridad de competencia investigue conductas en las cuales se evidencie la preferencia de productos ofrecidos por la plataforma sobre los ofertados por los competidores, y la obstaculización de entrada a dicho mercado.

## CONCLUSIONES

En el Derecho de la Competencia colombiano, las conductas discriminatorias llevadas a cabo mediante el abuso de posición de dominio pueden ser de dos tipos: por un lado, la discriminación de los sujetos en situaciones análogas y, por otro, la discriminación con la intención de disminuir o afectar la libre competencia. En lo que respecta a la discriminación de precios perfecta por medio del *Big data*, a partir del análisis de la norma colombiana, y teniendo en cuenta las interpretaciones que ha dado el tribunal de justicia de la Unión Europea al artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, podemos decir que si se da un enfoque a la protección del proceso competitivo como tal, la discriminación de precios perfecta podría ser catalogada como una de las conductas constitutivas dentro del abuso de posición de dominio.

Como consecuencia de la implementación de la tecnología en los mercados y el constante avance tecnológico, surgen nuevos paradigmas jurídicos que se centran en el derecho de la competencia, pero dejan a la deriva asuntos como los consumidores y el manejo de la información y plantean, por otro lado, un nuevo escenario para el reconocimiento de derechos humanos.

Por otra parte, es necesario abrir el debate frente al enfoque basado en los efectos de las prácticas anticompetitivas, particularmente la afectación sobre el bienestar del consumidor; no basta con considerar que el bienestar del consumidor se encuentra protegido o asegurado cuando quiera que exista eficiencia en las empresas traducible en la rebaja de precios a los consumidores. Esto, toda vez que el bienestar del consumidor es un concepto ambiguo, pues se puede hablar de un bienestar global o individual; así, entonces, entrarían en juego cuestionamientos como este: ¿Es aquella práctica nociva para el bienestar de los consumidores, pero sana para la eficiencia de las empresas?

## REFERENCIAS

- Antón, I. (2020). Big Data y personalización de precios: análisis desde el derecho de la competencia europeo. En García Vidal Ángel (Ed.), *Big Data e Internet de las cosas. Nuevos retos para el derecho de la competencia y de los bienes inmateriales* (p. 371).
- Antón, I. (2021). «Marketplaces que personalizan precios a través del Big Data y de los algoritmos: ¿Esta práctica es legal en atención al derecho de la competencia europeo?». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13(1), 42-69. Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de <https://ojs2017.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5951/4327>
- Arboleda, I. (2017). «El Abuso de la Posición de Dominio en Colombia». *Revista Derecho Competencia*, 13(13), 111-134.
- Argelich-Comelles, C. (2022). Inteligencia Artificial y tratamiento legal de la discriminación algorítmica en los online marketplaces de consumo. Recuperado de [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4434579](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4434579), consultado el 19 de julio de 2023.
- Bailey, D., & John, L. E. (2019). *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, 9.<sup>a</sup> ed. Oxford.
- Botta, M. & Wiedemann, K. (2020). ¿To discriminate or not to discriminate? Personalised pricing in online markets as exploitative abuse of dominance. *European Journal of Law and Economics*, 50, 381-404. Recuperado de <https://doi.org/10.1007/s10657-019-09636-3>
- Bourreau, Marc & de Streel, Alexandre. (2020). The regulation of personalized pricing in the digital era. Directorate for financial and enterprise affairs competition committee. *OECD*, 7-9. Recuperado de [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)150/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)150/en/pdf)
- Cabral, L. (1997). *Economía Industrial*, McGraw-Hiill, Ed. Recuperado de [https://libroseconomiadelaempresa.files.wordpress.com/2014/03/economia-industrial\\_cabral.pdf](https://libroseconomiadelaempresa.files.wordpress.com/2014/03/economia-industrial_cabral.pdf)
- Comisión de las Comunidades Europeas. (1992). Comentario a la Sentencia del TPI, de 3 de julio de 1991, Asunto C-62/86, Akzo Chemie BV. *Revista Jurídica de Cataluña*, 279.
- Comisión de las Comunidades Europeas. (1997). *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A31997Y1209%2801%29>, consultado el 6 de noviembre de 2020.

- Competition & Markets Authority, CMA. (2020). A new pro-competition regime for digital markets. Digital Markets Taskforce. Recuperado de [https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5f9e07562f98286c/Digital\\_Taskforce\\_-\\_Advice.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5f9e07562f98286c/Digital_Taskforce_-_Advice.pdf)
- Corte Constitucional, Sentencia C-616 (2001).
- Corte Constitucional, Sentencia C-043 (2002).
- Díez, F. (2014). «El abuso de posición dominante en el derecho comunitario y español de defensa de la competencia». En *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad*, Tirant lo blanch (Ed.), Vol. 1, p. 315.
- Franco, J. & Rey, F. (2019). «Análisis económico de la competencia desleal: el caso colombiano y la revisión de la norma argentina». *Competencia Desleal*, 443.
- González de Cossío (2013). *Competencia*. Ed. Porrúa, México, D.F.
- González, F. (2013). «Discriminación de precios». *Competencia*, 3-4.
- Grueso, M. E. (2013). *Fijación de precios o prácticas restrictivas de la competencia*. Editorial Temis S. A.
- Herrera, J. P. & Sanz, L. (2020). «Historia del análisis económico dentro de la política de competencia». En *Aproximación teórica a la aplicación del análisis económico del derecho en materia de prácticas restrictivas de la libre competencia*. Universidad Externado de Colombia.
- Herrera, J. P. (n. d.). Comentarios a propósito del artículo «Análisis Económico de la Regla Per se y la Regla de la Razón en el Derecho de la Competencia colombiano».
- Hovenkamp, H. J. (2011). "Tying and the Rule of reason: Understanding Leverage, Foreclosure, and Price Discrimination." Recuperado de [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1759552](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1759552)
- Jiménez, V. F. (2019). *Derecho de la Competencia*. Editorial Legis S. A.
- Ley 671 de 2001, Pub. L. núm. 671 de 2001 (1997).
- Le Chen, Alan Mislove & Christo Wilson. (2015). *Peeking Beneath the Hood of Uber*.
- Maggiolino M. (2017). "Personalized prices in european competition law". *Academia*.
- Marty F. (2019). Plateformes numériques, algorithmes et discrimination. *Revue De L'OFCE*. (164), pp. 47-86. DOI 10.3917/reof.164.0047

- Miranda Londoño, Alfonso & Ibarra Pardo, Gabriel. (1999). «La práctica de fijación unilateral de precios (FUP) y su aplicación en Colombia». *Revista de Derecho de La Competencia*, Pontificia Universidad Javeriana.
- Nicholson, Walter. (2008). *Teoría Microeconómica, Principios básicos y ampliaciones*, Editores S. A., Ed.; 9th ed. Recuperado de <https://elvisjgblog.files.wordpress.com/2019/04/teorc3ada-microeconc3b3mica-9c2b0-edicic3b3n-walter-nicholson.pdf>
- Ospina Díaz, Natalia. (2019). «Derecho Informático y Nuevas Tecnologías». *Ámbito Jurídico*.
- Ossa, C. (2018). «Análisis Económico de la regla Per Se y la regla de la Razón en el Derecho de la Competencia: El caso colombiano». En *¿Regla per se y Regla de la Razón? Interpretación de las normas de competencia*. Universidad Externado de Colombia.
- Pérez, J. (2017). «Abuso de posición de dominio». *Manual Práctico de Derecho de La Competencia*, 175.
- Posner Richard. (1998). *El Análisis Económico del Derecho*.
- Reglamento 2018/302 de la Unión Europea, Pub. L. núm. 2018/302 (2018). Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32018R0302:20-cv-03010>. Retrieved November 2, 2020, from <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1328941/download>
- Rose Vivien & Bailey David. (2014). *European Union Law of Competition*, Oxford University Press, Ed.; 7th ed.
- Ruby Puig, A. (2021). «Elaboración de perfiles y personalización de ofertas y precios en la contratación con consumidores». *Revista de Educación y Derecho*. Universitat Pompeu Fabra (24), pp. 1-24. DOI: 10.1344/REYD2021.24.36304
- Santacruz de la Sierra, Seminario Internacional sobre Derecho Económico de la Competencia.
- Superintendencia de Industria y Comercio, *Boletín Jurídico* núm. 13 (2000).
- Superintendencia de Industria y Comercio, *Resolución 04285* (2002).
- Superintendencia de Industria y Comercio, *Resolución 588* (2003).
- Superintendencia de Industria y Comercio, *Concepto 03010950* (2003).
- Superintendencia de Industria y Comercio, *Resolución 22624 de 2005* (2005).

Superintendencia de Industria y Comercio. *Resolución* 029631.

Superintendencia de Industria y Comercio, *Resolución* 42828 (2010).

Superintendencia de Industria y Comercio, *Resolución* 3694 (2013).

Superintendencia de Industria y Comercio, *Resolución* 53403 (2013).

Superintendencia de Industria y Comercio, *Resolución* 4907 (2013).

Sentencia del TJCE, (November 9, 1938).

Sentencia del TJCE, (1973).

Sentencia del TJCE, (February 21, 1973).

TJCE. (1991). Sentencia del TJCE. TJCE.

Varian Hal, R. (1998). *Análisis microeconómico*, Bosch, Ed.; 3rd ed.

Velandia, M. (2002). Un vistazo jurídico a la fijación de precios. *Ámbito Jurídico*.

Ward Mark. (2000). *Los antiguos clientes de Amazon 'pagan más'*. BBC News. Recuperado de <http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/914691.stm>, consultado el 7 de enero de 2021.

