

La Resolución (S/0013/21/AMAZON/APPLE BRANDGATING) de la CNMC: un claro supuesto de práctica colusoria única y continuada por objeto

Benjamín Peñas Moyano

PTUN Universidad de Valladolid

La CNMC en su Resolución (S/0013/21/AMAZON/APPLE BRANDGATING) ha multado con un total de 194.150.000 euros a Amazon y a Apple por convenir y ejecutar determinadas restricciones de la competencia en el mercado en línea de Amazon que afectan a terceros revendedores de productos Apple y a productos competidores de Apple. Es la segunda mayor multa de la historia de la CNMC, en la que Apple ha recibido además la mayor sanción impuesta a un empresario en concreto. Pero es una sanción histórica no sólo por su cuantía, sino sobre todo porque esta es la primera gran batalla que libra la CNMC contra los gigantes tecnológicos estadounidenses, quienes durante años (Apple, Amazon y otros) se han salvado de sanciones relevantes, pese a sus posiciones crecientes en sectores como los servicios digitales o la propia publicidad.

Derecho de defensa de la competencia, comercio electrónico, mercado en línea, prácticas colusorias

The CNMC in its Resolution (S/0013/21/AMAZON/APPLE BRANDGATING) has fined Amazon and Apple a total of €194,150,000 for agreeing and enforcing certain restrictions of competition in Amazon's online marketplace affecting resellers of Apple products and Apple's competing products. This is the second largest fine in the history of the CNMC, in which Apple has also received the largest sanction imposed on a particular business. But it is a historic sanction not only because of its amount, but above all because this is the first major battle that the CNMC is waging against U.S. technology giants, who for years (Apple, Amazon and others) have been spared from relevant sanctions, despite their growing positions in sectors such as digital services or advertising itself.

Competition Law, e-commerce, marketplace, collusive conducts

I. Introducción

El 31 de octubre de 2018 los gigantes empresariales Amazon y Apple firmaron dos contratos con el fin de regular las nuevas condiciones de Amazon como distribuidor autorizado de Apple. En ellos se incluyeron varias cláusulas que afectaban a la venta minorista por Internet (online) de productos electrónicos de Apple y de otras marcas en la web de Amazon en España.

Ante la existencia de indicios racionales de la comisión por parte de Amazon y Apple de una infracción de los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia (LDC) y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) , con fecha de 30 de junio de 2021, tras unas diligencias previas iniciadas el 12 de febrero de 2021, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) decidió incoar formalmente un expediente sancionador contra las siguientes empresas: Amazon Services Europe S.À.R.L.; Amazon Europe Core S.À.R.L.; Amazon EU S.À.R.L.; y Amazon Online Spain, S.L. (referidas conjuntamente como «Amazon»); y contra Apple Distribution International Ltd.; Apple Retail Spain, S.L.; y Apple Marketing Iberia, S.A. (referidas conjuntamente como «Apple»), pues ambos grupos podrían haber acordado restricciones comerciales en la página web de Amazon en España que habrían afectado a la venta minorista de productos de Apple por parte de terceras empresas y a la publicidad de productos competidores de Apple, conductas que podrían haber reducido la competencia en el mercado de venta minorista por Internet de productos electrónicos y, además, fortalecido la posición de Amazon en el sector de la prestación de servicios de comercialización a terceros vendedores minoristas a través de plataformas en línea (marketplaces) en España.

El 12 de julio de 2023, tras valorar la Propuesta de Resolución junto con las alegaciones de las sociedades imputadas formuladas contra la misma, la Sala de Competencia adoptó la Resolución (S/0013/21/AMAZON/APPLE BRANDGATING), que ha multado con un total de 194.150.000 euros a distintas sociedades de los grupos Amazon y Apple por convenir y ejecutar determinadas restricciones de la competencia en el mercado en línea o «marketplace» de Amazon que afectan a terceros revendedores de productos Apple y a productos competidores de Apple. Efectivamente, la CNMC ha considerado que determinadas cláusulas de esos dos contratos celebrados en 2018 entre Amazon y Apple constituyen una infracción «grave» del Derecho de la competencia, pues contribuyen conjuntamente a cambiar la dinámica de venta de productos Apple en la web de Amazon en España, restringen la competencia intramarca e intermarca y constituyen una infracción única y continuada de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE desde su adopción en octubre de 2018, lo que determina que puedan ser sancionadas con hasta un 5% del volumen de negocios total mundial de las sociedades infractoras en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa (1) . En consecuencia, la CNMC ha ordenado la cesación de las conductas referidas y, atendiendo a la gravedad de la infracción y a la concreta participación de las distintas sociedades responsables, ha multado a las sociedades imputadas del Grupo Apple con 143.640.000 euros y a las sociedades imputadas del Grupo Amazon con 50.510.000 euros. Además, la comisión de una infracción «grave» del Derecho de la competencia ha traído también consigo el que la CNMC considere que en este caso procede declarar la prohibición de contratar por aplicación del artículo 71.1.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, aunque sin llegar a fijar la duración y alcance de la prohibición de contratar, por lo que tales extremos deberán determinarse mediante procedimiento tramitado de acuerdo con el artículo 72.2 y 3 de la referida Ley de Contratos del Sector Público.

En palabras de la prensa económica la sanción, que «llega dos años después de que la autoridad de competencia abriera un expediente sancionador contra ambas compañías por posibles prácticas anticompetitivas y es la mayor impuesta por el organismo en el sector tecnológico y una de las más elevadas impuestas por el supervisor» (2) , es una «multa histórica», no sólo por su cuantía, sino sobre todo porque «esta es la primera gran batalla que libra la CNMC contra los gigantes tecnológicos estadounidenses, quienes durante años (Apple, Amazon y otros) se han salvado de sanciones relevantes, pese a sus posiciones crecientes en sectores como los servicios digitales o la propia publicidad» (3) .

Procederemos seguidamente y en sucesivos epígrafes a exponer las cláusulas que, integrantes de los contratos celebrados entre Apple y Amazon, fueron objeto de investigación por la CMNC, con posterioridad nos detendremos en las razones por las que dicha Comisión ha estimado que tales cláusulas atentan contra la libre competencia, con una breve referencia a las alegaciones que tanto Apple como Amazon argumentaron en su defensa, para finalmente concluir con una valoración crítica de la resolución de la CMNC.

II. Descripción de las cláusulas controvertidas: cláusulas de exclusión o branding, cláusulas de publicidad y cláusulas de limitaciones al marketing

El grupo de sociedades Apple fabrica una amplia variedad de dispositivos electrónicos en todo el mundo, tales como iPhone, iPad, Apple Watch, Apple TV, Mac, Beats, y accesorios de la marca Apple (cables de carga y adaptadores), y los vende directamente a través de su propia web y de sus tiendas físicas oficiales y de su red de distribuidores por medio de un sistema «abierto» en el que los diferentes revendedores resultan clasificados de un modo muy estructurado (4) .

Por su parte, el grupo de sociedades Amazon vende, a través de páginas web específicas de distintos países que funcionan como mercados en línea, mercados de comercio electrónico o marketplaces, una gran variedad de productos de consumo, a la vez que presta servicios de intermediación a terceros vendedores, y fabrica y vende una gama cada vez más amplia de productos propios. Amazon, que surgió en 1995 como un sitio web que únicamente vendía libros, se ha convertido pues en uno de los sitios web de comercio electrónico más exitosos (5) . De hecho, por el importe de las ventas, la actividad de Amazon se ordena de la siguiente forma: en primer lugar, la principal de prestador de servicios de intermediación; en segundo lugar, la de distribuidor minorista; y ya con bastante menos importancia respecto de las dos previas, la de fabricante y vendedor de productos de marca propia (6) . En suma, Amazon es sobre todo un mercado en línea, un auténtico «centro comercial» online, donde múltiples vendedores pueden ofrecer sus productos de diferentes marcas, en cualquier momento y desde cualquier lugar, a través de una única interfaz de usuario, una plataforma que sirve de intermediaria entre consumidores (a los que ofrecen la posibilidad de encontrar vendedores y sus ofertas, y de comprar sus productos) y vendedores (a los que ofrecen, entre otros servicios, la posibilidad de listar y vender sus productos en su página web) (7) , facilitando en consecuencia la compra de productos por Internet (8) .

En abril del año 2014 Amazon se unió al programa de revendedor autorizado de Apple por medio de la celebración de un contrato estándar, conocido como Apple Authorised Reseller Agreement o Acuerdo de Reventa Autorizada de Apple («ARA 2014»), por el cual Amazon no tenía acceso a la selección completa de productos Apple, sino que solo estaba autorizado a comercializar una selección limitada del rango de productos de marca Apple, y además, dicha selección no le era suministrada directamente por Apple. Como vemos, un acuerdo bastante limitado en cuanto a las posibilidades de distribución por parte de Amazon de los productos de Apple, que no se correspondía con la importancia de Amazon como gigante en el comercio on line.

Por ello, el 31 de octubre de 2018 Amazon y Apple firmaron dos nuevos contratos para actualizar las condiciones de Amazon como distribuidor autorizado de Apple, procediéndose a dar solución a las limitaciones referidas, y que así Amazon consiguiese ya acceso a toda la selección de productos Apple, así como a suministrarse directamente de Apple. Así, el ARA 2014 resultó sustituido por el ARA 2018, un nuevo Apple Authorised Reseller Agreement o Acuerdo de Reventa Autorizada de Apple, y se celebró además un Acuerdo Global de Principios (Global Tenets Agreement o GTA) para completar los diferentes Acuerdos de Reventa Autorizada aplicables en todas las áreas geográficas en las que Apple y Amazon tuvieran un Acuerdo de Reventa Autorizada.

La cuestión es que, en los contratos mencionados, además de regularse las condiciones de Amazon como distribuidor autorizado de Apple, se incluyeron una serie de cláusulas que afectaban indirectamente a terceros operadores. Así, en primer lugar, ambas empresas acordaron que únicamente una serie de distribuidores designados por la propia Apple podían vender los productos de la marca Apple a través de la web de Amazon en España, limitando pues el número de revendedores de productos Apple que pueden operar en el mercado en línea de Amazon. Son las conocidas como «Cláusulas de exclusión o "brand gating"».

Efectivamente, en el GTA acordado se establece que Apple identificará a una serie de vendedores oficiales que serán los únicos que estarán autorizados para utilizar las páginas web de Amazon

(obviamente también para la web española de Amazon www.amazon.es), mientras que el ARA 2018, de modo complementario al GTA, contiene la concreta lista de distribuidores identificados por Apple autorizados para vender sus productos en las páginas web de Amazon.

Si bien inicialmente dicha lista solo incluía a un grupo concreto de los Revendedores Premium de Apple, que recordemos que son los que operan a nivel minorista y ofrecen una experiencia premium al cliente (los APR, Apple Premium Resellers), con fecha del 16 de noviembre de 2021 (9) Apple presentó un escrito de alegaciones en el que comunicaba que había decidido unilateralmente ampliar la lista de revendedores, admitiéndose desde entonces también al resto de distribuidores autorizados de Apple ubicados en la Unión Europea para vender en www.amazon.es: es decir, al resto de los APR no incluidos en la lista inicial, a los Revendedores Autorizados de Apple, que operan a nivel minorista (AAR, los Apple Authorised Resellers) y a los Minoristas (que operan a nivel minorista, pero que en realidad son comerciantes de gran tamaño, grandes minoristas online, etc.). Por el contrario, los Revendedores No Autorizados, conocidos como los NAR (Non-Authorised Resellers), que antes de su expulsión del mercado en línea de Amazon el 31 de octubre de 2018 operaban en todos los niveles sin tener una relación contractual directa con Apple, siendo entonces los principales revendedores de productos Apple en las páginas web de Amazon y los que además ofertaban precios más bajos, continuaron siendo excluidos también a partir del 16 de noviembre de 2021 del conjunto de vendedores autorizados para vender productos de la marca Apple en la página web de Amazon España.

En segundo lugar, mediante concretas «Cláusulas de publicidad», Amazon y Apple limitaron la posibilidad de que marcas competidoras de Apple pudieran adquirir espacios publicitarios en la web de Amazon en España para anunciar sus productos cuando se realizan ciertas búsquedas de productos Apple, y también durante el proceso de compra de dichos productos.

Así, el citado GTA establece que cuando se realice una búsqueda en Amazon de un producto Apple, Amazon solo mostrará anuncios de productos de Apple en el espacio publicitario superior y en los dos primeros espacios destinados a productos patrocinados en la página de resultados (o en cualquier otro espacio publicitario que aparezca o se cree en los diez primeros resultados de búsqueda); que cuando se realicen búsquedas en Amazon por una lista de palabras clave suministradas por Apple (relacionadas con productos de Apple), Amazon no mostrará anuncios en la primera página de resultados ni en las páginas de detalle de Amazon de productos de una serie de marcas competidoras identificadas por Apple; y que en las páginas de la cesta y de tramitar pedido («Cart and Check Out») que contengan productos de Apple, los anunciantes de productos de las marcas competidoras identificadas por Apple no pueden pujar por espacios.

Además, en otra de sus cláusulas se establecen limitaciones similares respecto al lanzamiento de nuevos productos de Apple. Efectivamente, en tal caso de lanzamiento de un nuevo producto, las cláusulas de publicidad limitarían y restringirían la competencia que determinadas marcas elegidas por Apple pueden ejercer en relación con la publicidad de pago en la página web de Amazon en España en las páginas de detalle y las páginas de la Tienda Apple en la página web de Amazon, así como en los resultados de búsqueda mostrados a los clientes cuando buscan productos Apple utilizando como término de búsqueda las palabras clave relativas a productos de la marca Apple.

Y, en tercer lugar, también por medio del GTA se establecieron «Cláusulas de limitaciones al marketing» que dispusieron que Amazon no podrá llevar a cabo, sin el previo consentimiento por escrito de Apple, campañas de marketing y publicidad que dirigidas específicamente a clientes que hayan comprado productos Apple en la web de Amazon en España fomenten que estos consumidores cambien de un producto Apple a uno de la competencia, cláusulas que mantendrán su eficacia incluso una vez expirados los contratos en los que se incluyen tales estipulaciones (durante los dos años posteriores a la expiración). Es cierto, en todo caso, que ello se establece contando con que Amazon sí que pueda dirigir campañas que puedan alcanzar a esos referidos consumidores (que hayan comprado productos de Apple) dentro de audiencias más amplias, pero siempre que la finalidad específica de la campaña no esté dirigida a fomentar un cambio de un producto de la marca Apple a un producto de una marca competidora.

En el iter cronológico de este caso del que tratamos, la Dirección de Competencia tuvo conocimiento el 20 de noviembre de 2020 (10) de las cláusulas referidas, y en consecuencia de la posible existencia de conductas contrarias al artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y al artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistentes en acuerdos anticompetitivos entre los grupos Amazon y Apple que podrían afectar a los sectores de la venta minorista en línea de productos electrónicos y de la prestación de servicios de intermediación a terceros vendedores minoristas a través de plataformas/mercados en línea (marketplaces) en España, por lo que el 30 de junio de 2021, tras unas diligencias previas iniciadas el 12 de febrero de 2021, se acordó la incoación formal del expediente sancionador.

III. Razones por las que la CNMC ha estimado que tales cláusulas atentan contra la libre competencia

Previamente a la valoración jurídica que la CNMC ha realizado de la compatibilidad o no de las tres cláusulas contractuales expuestas con el Derecho de la defensa de la competencia es preciso señalar algunas consideraciones que justifican ese análisis jurídico, consideraciones que han sido adoptadas por la CNMC y con las que estamos de acuerdo, pues consideramos que son plenamente acordes a la realidad.

Así, Apple y Amazon son empresarios, y no precisamente pequeños o medianos carentes de poder negociador, sino grandísimos empresarios a nivel mundial (11) . Y los contratos GTA y ARA 2018 que ambos empresarios han celebrado son acuerdos en el sentido del Derecho de la competencia. Las cláusulas referidas previamente (de exclusión, de publicidad y de limitaciones al marketing) afectan a la comercialización de productos electrónicos de la marca Apple en la página web de Amazon en España, por lo que se considera que el mercado afectado es el mercado de la venta minorista en línea de productos electrónicos en España; no olvidemos que los mercados en línea tienen como objetivo principal los consumidores locales de cada país en el que operan, por lo que se considera que el mercado de la prestación de servicios de intermediación en mercados en línea a terceros vendedores tiene dimensión nacional.

La cuota de mercado de Amazon en España en la venta en línea de productos electrónicos por ventas netas en el año 2021 fue de entre un 35 y un 40%, quedando lejos de estas cifras el segundo operador (12) . Por su parte Apple es el empresario más potente en el mercado de la fabricación de productos de consumo electrónicos, con cuotas de entre el 30 y el 40% en el Espacio Económico Europeo todos los años desde el 2017 al 2021, ambos inclusive, y ello no sólo teniendo en consideración el mercado que incluye todos los productos electrónicos, sino también segmentándolo por tipo de producto, donde Apple también tendría una cuota mayor al 30% en las categorías más destacables, como móviles inteligentes, tabletas y relojes inteligentes.

A pesar de que en el GTA y en el ARA 2018 conviven tanto elementos horizontales como verticales (13) , sin duda el elemento vertical prevalece sobre el elemento horizontal, pues como ya fue expuesto, por el importe de ventas la actividad de Amazon se ordena de la siguiente forma: en primer lugar, la principal de prestador de servicios de intermediación, en segundo lugar, la de distribuidor minorista, y ya con bastante menos importancia respecto de las dos previas, la de fabricante y vendedor de productos de marca propia. En suma, a los efectos de los acuerdos GTA y ARA 2018 Apple y Amazon operan en planos diferentes de la cadena de producción y distribución, amén de que esos acuerdos tratan de las condiciones en las que esos dos empresarios pueden adquirir, vender o revender determinados bienes y servicios, por lo que es claro el preeminente carácter vertical de los contratos GTA y ARA 2018 (14) .

No obstante el preeminente carácter vertical de los contratos GTA y ARA 2018, a los mismos no les resulta de aplicación el Reglamento europeo de exención por categorías a determinados acuerdos verticales (RECAV), Reglamento (UE) 2022/720 (15) , de la Comisión, de 10 de mayo de 2022, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, y ello es así por motivos varios, que la Resolución de 12 de julio de 2023 de la CNMC se encarga de

recordarnos. En primer lugar, porque, aunque constituyan acuerdos verticales, no todas las disposiciones del GTA y ARA 2018 están relacionadas con las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios contractuales; en concreto no están relacionadas con esas condiciones las cláusulas de exclusión o brand gating, las cláusulas de publicidad, y las cláusulas de limitaciones al marketing. En segundo lugar, porque Apple y Amazon son empresarios competidores en la fabricación y distribución de productos electrónicos (16). Y, en tercer lugar, y a mayor abundamiento, porque las cuotas de mercado de ambos son superiores al 30% del mercado de referencia, como ya se ha dejado dicho más arriba. Por todo lo cual, en relación a esas cláusulas de exclusión o brand gating, a las cláusulas de publicidad y a las cláusulas de limitaciones al marketing expuestas, no les resulta de aplicación el Reglamento europeo de exención por categorías a determinados acuerdos verticales, y lo que procede es su análisis de modo individualizado para comprobar si resultan restrictivas el Derecho de la competencia, y por ello una infracción de los artículos 1 de la LDC y/o 101 del TFUE, que es lo que ha hecho la CNMC del modo que vamos a exponer seguidamente.

1. Valoración jurídica por la CNMC de las Cláusulas de exclusión o «brand gating»

En la medida en que la web de Amazon en España canaliza la mayor parte de las compras en línea de productos electrónicos en nuestro país, el resultado de la aplicación de las cláusulas de exclusión o «brand gating» referidas en primer lugar fue que los vendedores no autorizados por Apple para vender sus productos en la web de Amazon en España perdieron un importante canal de ventas, y lo sufrieron en un número ciertamente elevado, pues más del 90% de los revendedores que venían usando la web de Amazon en España para la venta minorista de productos Apple quedaron excluidos del principal mercado en línea en España, pasando de ser más de mil a menos de quince, incluyendo a la propia Amazon; algo particularmente doloroso si se considera, además, que esos revendedores que resultaron excluidos generalmente eran operadores de pequeño tamaño que no tenían una relación comercial directa con Apple, pero que vendían sus productos con su consentimiento, y que eran los más activos en la web de Amazon en España y, en consecuencia, los que ejercían más presión competitiva en precios en dicha web.

El resultado de ello ha significado que las ventas de productos de la marca Apple en el mercado en línea de productos electrónicos en España se concentraron en la propia Amazon, reduciéndose drásticamente la competencia entre revendedores de productos de esta marca; además, se han reducido las ventas de productos Apple a través de la web de Amazon en España por parte de vendedores afincados en otros países de la UE, limitándose por tanto el comercio entre Estados miembros; y, muy importante, se ha apreciado un incremento de los precios relativos pagados por los consumidores por la compra de productos Apple en dicho mercado en línea en España.

Por lo expuesto, según la CMNC las cláusulas de exclusión o «brand gating» constituyen, por su contenido:

- a. • una discriminación de acceso a Amazon, la principal plataforma de comercio electrónico en España
- b. • una limitación o control de la distribución de productos de Apple en el mercado referido
- c. • y una compartimentación del mercado interior

Efectivamente, las cláusulas de exclusión o «brand gating» constituyen una discriminación de acceso a Amazon, la principal plataforma de comercio electrónico en España, pues desde la adopción del GAT y del ARA 2018 el 31 de octubre de 2018 hasta noviembre de 2021, muchos revendedores que eran oficiales junto con otros no oficiales, dejaron de estar autorizados para vender productos de la marca Apple en la página web de Amazon en España; y desde noviembre de 2021, siguen sin estar autorizados los NAR, como revendedores que sin tener relación contractual directa con Apple venden productos originales y son los que más dinamizan la competencia en la página web de Amazon. Ello ha colocado a unos competidores, o sea, a los revendedores no autorizados a utilizar la página web de Amazon en España, en situación

desventajosa frente a los revendedores autorizados, como dice la CMNC *«sin basarse en unos motivos objetivos, transparentes, necesarios, proporcionados y justificados»*, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 1.1.d) de la LDC, que establece que se prohíbe *«la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros»*; y, de modo similar, el 101.d) del TFUE que prohíbe *«aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva»*.

Pero, también, según la CNMC las cláusulas de exclusión o «Brand gating» son una limitación o control de la distribución de productos de Apple en el muy importante mercado on line que es Amazon, puesto que limitan el número de revendedores de productos de Apple que pueden utilizar el mercado en línea de Amazon en España por la existencia de un acuerdo entre Amazon y Apple en el que así lo han decidido, lo que violenta el artículo 1.1.b) de la LDC por el que se prohíbe *«La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones»*; y de modo similar, el 101.b) del TFUE, que prohíbe *«limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones»*.

Además, como consecuencia de las cláusulas de exclusión o brand gating, se habría restringido el comercio entre Estados miembros de la Unión Europea, afectando al comercio transfronterizo y compartimentando el mercado interior, pues se habrían visto privados de la posibilidad de utilizar las páginas web de Amazon en Europa y en concreto en la de España, uno, ciertos revendedores oficiales (tanto los APR establecidos en países distintos de los listados ARA 2018 como los AAR y Minoristas con independencia del Estado miembro en el que estén establecidos) desde el 31 de octubre de 2018 hasta el 16 de noviembre de 2012; y, dos, los revendedores no oficiales de Apple (los NAR), con independencia del Estado miembro en el que estén establecidos, desde el 31 de octubre de 2018 hasta ahora. Según destaca la CNMC en su Resolución, es jurisprudencia consolidada de los tribunales europeos que los contratos cuyo objetivo es la compartimentación de los mercados nacionales con arreglo a las fronteras nacionales o que dificultan la interpenetración de los mercados nacionales deben considerarse, en principio, acuerdos cuyo objetivo es restringir la competencia en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1.

Con tales cláusulas de exclusión o brand gating tanto Apple como Amazon pretendían el logro de objetivos que formulados de modo genérico en principio resultan lícitos, como intensificar el control de sus productos o reducir los costes de control sobre la venta de sus productos en la web de Amazon, en el caso de Apple, y obtener mejores condiciones como distribuidor de Apple o subir de categoría de distribuidor, en el caso de Amazon. Pero resulta obvio que la consecución de tales objetivos se traduce en la implementación de dichas cláusulas de exclusión, contrarias al Derecho de la competencia por resultar colusorias (17).

En suma, por la CNMC se considera que las referidas Cláusulas de Exclusión o Brand Gating constituyen, por su contenido, por los objetivos de Apple y Amazon y por el contexto jurídico y económico, una restricción de la competencia tanto por el objeto como por los efectos que han generado. Pero la CNMC destaca como además por tales cláusulas se han producido contrastados efectos anticompetitivos, tales como la reducción del número de vendedores; que los NAR han perdido un importante canal de ventas; la concentración de las ventas en Amazon; la compartimentación del mercado interior y el incremento de los precios relativos pagados por los consumidores por la compra de productos de la marca Apple en la página web de Amazon en España.

2. Valoración jurídica por la CNMC de las Cláusulas de publicidad

Como consecuencia de las concretas cláusulas de publicidad introducidas en sus acuerdos, Apple vio reducida la presión competitiva generada por los posibles anuncios de la competencia en la web de Amazon en España, lo que además ha perjudicado directamente a los consumidores ya que se ha limitado su capacidad de descubrir nuevas marcas y/o productos alternativos a los de Apple, e incrementándose asimismo sus costes de búsqueda y reduciendo claramente su capacidad de

cambio (switching).

Efectivamente, según la CNMC las cláusulas de publicidad insertas en los contratos celebrados entre Apple y Amazon restringen: uno, en general, la competencia que otras marcas pueden ejercer en relación con la publicidad de pago en la página web de Amazon en España en el espacio publicitario superior y en los dos primeros espacios destinados a productos patrocinados en la página de resultados cuando se busca un producto de la marca Apple (o en cualquier otro espacio publicitario que aparezca o se cree en los diez primeros resultados de búsqueda); y, dos, y en particular, la competencia que determinadas marcas elegidas por Apple pueden ejercer en relación con la publicidad de pago en la página web de Amazon en España en la primera página de resultados, en las páginas de detalle y en las páginas de la cesta y de tramitar pedido. Marcas que al tiempo que se restringe su capacidad de mostrar sus anuncios a potenciales consumidores cuando éstos están realizando una búsqueda de los productos en cuestión, sí que tienen a su vez que soportar una presión competitiva a la que Apple sin embargo no se ve expuesta.

Pero es que, además, y lógicamente, los consumidores que busquen un determinado producto de Apple en Amazon no van a poder ver anuncios de productos de marcas competidoras en los casos descritos más arriba, pues está demostrado que el 30% de los consumidores ve únicamente los resultados de la primera página (18) , por lo que si un producto aparece en otra página posterior, es prácticamente invisible para casi dos tercios de los compradores, impidiendo u obstaculizando su acceso a información sobre productos alternativos competidores, lo que limita su capacidad de tomar decisiones informadas.

Para la CNMC no hay duda alguna de que con este contenido de las referidas cláusulas de publicidad el objetivo para Apple era limitar la competencia que otras marcas podían ejercer sobre la empresa, y que Amazon con la aceptación de esta cláusula buscaba obtener mejores condiciones de suministro como distribuidor de Apple, en un contexto, destaca la propia CNMC (19) , en el que resulta muy significativo el cada vez más importante rol de Amazon en el sector de la publicidad en línea.

En suma, para la CNMC tanto por su contenido y naturaleza, como por sus objetivos y contexto jurídico y económico, las mencionadas cláusulas de publicidad constituyen una restricción por objeto.

3. Valoración jurídica por la CNMC de las Cláusulas de limitaciones al marketing

Recordemos que estas cláusulas consistían en Amazon no podrá llevar a cabo, sin el previo consentimiento por escrito de Apple, campañas de marketing y publicidad que, dirigidas específicamente a clientes que hayan comprado productos Apple en la web de Amazon en España, fomenten que estos consumidores cambien de un producto Apple a uno de la competencia, cláusulas que mantendrán su eficacia incluso una vez expirados los contratos en los que se incluyen tales estipulaciones (durante los dos años posteriores a la expiración). Es cierto que se permite que Amazon pueda dirigir campañas de marketing y publicidad que puedan alcanzar a esos consumidores dentro de audiencias más amplias, pero siempre que la finalidad de la campaña no vaya dirigida específicamente a generar un cambio de un producto de la marca Apple a un producto de una marca competidora.

La CNMC considera que tales cláusulas de limitaciones al marketing funcionan de manera similar a una «cláusula de no competencia», que podría estar justificada durante la vigencia del GTA, pero en ningún caso en los dos años posteriores a su expiración. Por ello, con tales cláusulas Apple limita la competencia que otras marcas podían ejercer sobre sus productos en la web de Amazon en España, un canal de venta on line de productos electrónicos con una cuota muy elevada en nuestro país, al mismo tiempo que se limita enormemente la capacidad de Amazon para actuar de modo autónomo y libre en el mercado durante un periodo de dos años tras la expiración del acuerdo, y todo ello con el objetivo para Apple de limitar la competencia que otras marcas puedan ejercer sobre sus productos, mientras que Amazon aceptó esta cláusula para negociar el logro de

mejores condiciones de suministro como distribuidor de Apple.

Así pues, como se ha dicho previamente para las cláusulas de publicidad, por su contenido, objetivos y contexto jurídico y económico, las cláusulas de limitaciones al marketing constituyen igualmente una restricción a la competencia por objeto.

Unas cláusulas, las tres, que por motivos varios pero muy claros y contundentes la CNMC considera que son una infracción única y continuada: fueron adoptadas con ocasión de la firma de dos específicos contratos (el GTA y el ARA 2018), en el marco de un plan global consistente en alterar la dinámica de venta de productos Apple en Amazon limitando la competencia intramarca (entre revendedores de productos Apple) e intermarca (entre los productos de Apple y los de otras marcas), con pleno conocimiento de los comportamientos ilícitos del otro participante, y sin que la persecución de objetivos diversos por parte de Apple y Amazon ni la manifiesta iniciativa predominante de Apple respecto de Amazon en todo el proceso descrito sean impedimentos para llegar a esa conclusión, pues tanto Apple como Amazon, importantísimos empresarios ambos, intervienen decisivamente en la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia perseguidos.

Una infracción única y continuada que, en cuanto a su duración, comenzó el 31 de octubre de 2018 con la firma de los contratos (GTA y ARA 2018) en los que se incluyeron los tres tipos de cláusulas investigadas y que continuaba al concluir la instrucción del procedimiento, al seguir vigentes tales contratos, y que en cuanto a su dimensión geográfica ha afectado a todo el territorio nacional, pues la web de Amazon en España tiene ese alcance, pero también al comercio transfronterizo. Y una infracción única y continuada que, por los motivos apenas expuestos más arriba, deriva de una culpabilidad individualizada, y que por ello genera a su vez una responsabilidad individualizada.

En conclusión, para la CNMC los tres tipos de cláusulas, de exclusión o brand gating, de publicidad y de limitaciones al marketing, constituyen una infracción única y continuada de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, que habrían tenido como objeto (y en el caso de las cláusulas de exclusión o brand gating, también el efecto) de reducir, restringir y/o limitar la competencia intramarca (entre revendedores de productos Apple) e intermarca (entre los productos de Apple y los de otras marcas), de los productos de la marca Apple en la página web de Amazon en España.

No han logrado pues los empresarios investigados y finalmente sancionados que la CNMC tomase en consideración sus argumentaciones sobre los efectos positivos y la legitimidad de los objetivos por ellos perseguidos con los tres tipos de cláusulas en cuestión. Ambos empresarios argumentaron que con la inclusión de las cláusulas de exclusión o brand gating, de publicidad y de limitaciones al marketing se había en realidad favorecido tanto a vendedores como a clientes finales. Así, según defendió Amazon, con la operatividad de tales cláusulas se había: uno, mejorado la disponibilidad de productos Apple en Amazon al facilitar sus condiciones de suministro; dos, incrementado las ventas de productos Apple en la web de Amazon, y con ello mejorado la reputación de Amazon; tres, mejorado tanto la presentación como la experiencia de compras de productos Apple en Amazon. Y, según Apple, con la inclusión de tales cláusulas se había abordado con éxito tanto el grave problema de falsificación y de seguridad de productos Apple en la web de Amazon, como el problema derivado del parasitismo de otras marcas que pretendan aprovecharse de la imagen de marca de Apple.

Todas estas argumentaciones de Amazon y Apple fueron desechadas por la CNMC porque, si bien resultan ampulosas en su formulación y en consecuencia aparentemente robustas, cuando se estudia con detalle la situación no resisten la contundencia de los hechos. La mejora de las condiciones de suministro de productos Apple Amazon, o sea, el suministro por Apple a Amazon del catálogo completo de productos del primero, no requería de la expulsión de la inmensa mayoría de los revendedores de Apple; en suma, no hay una relación intrínseca de causalidad entre los tres tipos de cláusulas consideradas y el incremento y la mejora de las condiciones de suministro de productos Apple a Amazon como distribuidor autorizado del primero.

En cuanto al incremento de las ventas de productos Apple en la web de Amazon en realidad es el resultado, precisamente, del referido suministro a Amazon del catálogo completo de productos de Apple, y no de las cláusulas discutidas, hasta tal punto que, como bien razona la CNMC, de no haberse dado ese suministro a Amazon del catálogo completo de productos de Apple, la operatividad de las cláusulas de exclusión o brand gating, con su efecto de exclusión de la mayoría de los revendedores de productos Apple, en realidad lo que habría traído consigo es una disminución drástica de ventas de productos Apple en la web de Amazon.

En cuanto a la mejora de la presentación como de la experiencia de compra de productos Apple en Amazon, la CNMC estima, a nuestro entender con buen criterio, que para el logro de ese efecto no eran necesarias las cláusulas referidas, al existir otros medios perfectamente lícitos para lograrlo (estipulaciones sobre presentación de productos, mecanismos para preservar su calidad e imagen, etc.); y en todo caso, es claro, dice la CNMC, que las cláusulas de publicidad no solo no mejoran la experiencia de compra de los consumidores sino que, antes al contrario, la empeoran por cuanto se priva a dichos usuarios de información sobre productos alternativos que podrían satisfacer mejor sus preferencias.

En cuanto al problema de falsificación y de seguridad de productos Apple en la web de Amazon, tampoco es justificación suficiente para la implementación de tales cláusulas, sobre todo si se tiene en cuenta que realmente las cifras de productos falsificados de Apple son muy reducidas (menos del 1%), y además afectan a productos de escaso valor (accesorios, sobre todo), y también a que, en todo caso, hay métodos menos perjudiciales para la libre competencia que las cláusulas en cuestión, como por ejemplo la puesta en práctica de un Registro de marcas. Por otro lado, la alegación de Apple de que con la introducción de las cláusulas de exclusión se había reducido drásticamente las notificaciones de retirada de producto, como signo evidente de su eficacia, queda desvirtuada si se tiene en cuenta que ello es lógico, tras la expulsión de un 90% de los revendedores de Apple en Amazon y la consecuente concentración de ventas en un solo revendedor: la propia Amazon.

Finalmente, respecto de la alegación de Apple de que con tales cláusulas se combate el parasitismo de otras marcas que pretendan aprovecharse de su imagen de marca, también con buen criterio la CNMC desecha tal argumentación, por la evidente razón de que no hacerlo supondría aceptar que pueda limitarse toda publicidad de marcas competidoras cuando un consumidor, por cualquier medio (buscador, comparadores, etc.), realiza búsquedas de una determinada marca, por resultar ello una forma de parasitismo marcario. Ello resultaría enormemente limitador.

IV. Valoración crítica de la Resolución (S/0013/21/AMAZON/APPLE BRANDGATING)

Con el sistema competitivo de «economía de mercado» se pretende que los competidores ofrezcan las mejores prestaciones, ya que son las cualidades positivas de las mismas, y las condiciones en las cuales se ofertan, las circunstancias que atraen a la clientela y hacen que la empresa sea rentable. El empresario que no sea capaz de ofrecer prestaciones competitivas sin duda fracasará, y terminará por desaparecer.

El Derecho de la competencia español tiene como finalidad el mantenimiento de una competencia libre y no falseada en su mercado interior, en el que la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales esté garantizada, por lo que tal Derecho constituye un ordenamiento integrado por normas jurídicas encargadas de prohibir determinadas conductas y de controlar otras, conductas tanto de los empresarios como de las autoridades públicas, con el objeto de evitar que a través de las mismas se distorsione el normal desarrollo del proceso competitivo en el mercado. Ante la evidencia de que el mercado es incapaz de autorregularse, la necesidad de una normativa reguladora de la competencia resulta incontestable: *«la competencia necesita reglas y condiciones que aseguren su mantenimiento y protección. En caso contrario, se instalaría una «competencia salvaje» que, finalmente, desembocaría en la restricción o eliminación de la*

competencia» (20) . En suma, la subsistencia de la libre competencia exige limitar la libertad de actuación de los operadores económicos y de las autoridades públicas.

Una de esas conductas prohibidas son las denominadas prácticas colusorias, contempladas como prácticas vetadas en el artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia española: *«Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional»*, y, en términos prácticamente idénticos, en el artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: *«Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior»*. Como resulta visible, la prohibición de las prácticas colusorias resulta concebida casi de igual modo en la normativa nacional española y en la comunitaria, radicando la única diferencia sustancial en el alcance territorial de la práctica anticompetitiva. Es claro que las prácticas colusorias producen evidentes efectos restrictivos sobre la competencia en el mercado en cuestión, al derivar de colaboraciones interempresariales caracterizadas por la limitación de la libertad de decisión económica de los empresarios participantes en la concertación. Para evitarlo, el legislador exige que los empresarios definan su política mercantil en el mercado de modo autónomo, y no concertado, fuera claro está de los compromisos que los empresarios puedan adoptar mediante actos jurídicos «normales» (21)

De los términos de las normas reproducidas se deriva que para que nos encontremos ante una práctica colusoria ha de concurrir un triple elemento. En primer lugar, una concertación entre dos o más empresarios u operadores económicos, que puede ir desde acuerdos expresos hasta sutiles formas de concertación, pero siempre con el elemento de la intervención de dos o más empresarios, como unidades de producción o de distribución cuya finalidad es la de producir y/o distribuir bienes y/o servicios con destino al mercado, que partiendo de voluntades reales y diferenciadas adoptan una voluntad común de actuar de una determinada forma en el mercado.

El segundo presupuesto de aplicación de la norma es el objeto o efecto restrictivo de la competencia derivado de esa conducta concertada entre los empresarios. La legislación protectora de la libre competencia tiene por finalidad prohibir, entre otros comportamientos (como por ejemplo el abuso de la posición de dominio), el que los empresarios se pongan de acuerdo para restringir, falsear o impedir la competencia. En la prohibición de las prácticas colusorias el bien jurídico protegido es pues la libre competencia, o sea, el buen funcionamiento del sistema de economía de mercado (22) . El derecho al ejercicio de la libre actividad de empresa, que asiste a toda persona que cumpla la normativa habilitada al efecto, implica lógicamente el derecho a competir, pero también la obligación de competir, no incurriendo en prácticas atentatorias contra la competencia (23) . Y las prácticas colusorias lo son, estando entre las más perjudiciales porque precisamente suponen que varios empresarios se ponen de acuerdo para no competir o para limitar o falsear la competencia.

Como decíamos, el segundo elemento necesario para que se dé una práctica colusoria es el objeto o efecto anticompetitivo de esa práctica concertada entre empresarios. Lo que significa que se está ante una colusión empresarial tanto cuando la práctica concertada se adopta con el objeto de impedir, restringir o falsear la libre competencia (restricciones por objeto (24)), como cuando se está ante una práctica concertada que genera ese efecto anticompetitivo (o puede llegar a generarlo) aunque no hubiese sido esa la intención perseguida por sus autores (restricciones por efecto (25)). Esta distinción entre restricciones por objeto y por efecto puede verse expresamente en la letra de los artículos 1.1 de la LDC y 101.1 del TFUE, aposentándose sobre la misma la prohibición de las prácticas colusorias. En las restricciones por objeto, dada la intencionalidad de los autores de la práctica, resulta innecesario, superfluo, examinar los efectos restrictivos de la competencia derivados de ese objeto (o fin) en el mercado para que se considere que existe una restricción de la competencia sancionable; en las restricciones por efecto, los efectos restrictivos de

la competencia de un acuerdo han de considerarse «objetivamente», lo que significa que el mismo resultará prohibido siempre que pueda limitar la competencia, aunque no hubiese sido esa la intención de las partes.

La incidencia en el mercado sería el tercer elemento necesario para que estemos ante una práctica colusoria, lo que quiere decir que esa conducta concertada entre varios empresarios sea apreciable, sensible, en suma, que cuente con la importancia suficiente para afectar a la competencia en una parte relevante del mercado. Los órganos de defensa de la competencia podrán decidir no iniciar o sobreseer los procedimientos previstos en la Ley de Defensa de la Competencia respecto de conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia (artículo 5 de esa Ley), no considerándose en ese caso conductas colusorias y quedando entonces fuera de la prohibición de las conductas concertadas (26) .

Pues bien, los tres tipos de cláusulas investigadas y sancionadas por la CNMC contienen los tres elementos de aplicabilidad referidos: son estipulaciones integrantes de los contratos GTA y ARA 2028 celebrados entre los gigantes empresariales Apple y Amazon de las que la CNMC ha demostrado (con los convincentes argumentos que han sido expuestos) que tienen por objeto (y en el caso de las cláusulas de exclusión o brand gating) también el efecto, de alterar la dinámica de venta de productos Apple en el Marketplace que es Amazon, limitando así la competencia intramarca (es decir, entre revendedores de productos Apple) e intermarca (o sea, entre los productos de Apple y los de otras marcas), y afectando a todo el territorio nacional, pues la web de Amazon en España tiene ese alcance, pero también al comercio transfronterizo.

Por lo tanto, son las cláusulas expuestas de exclusión o brand gating, de publicidad y de limitaciones al marketing, claros ejemplos de prácticas colusorias, constituyendo efectivamente una infracción única y continuada de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, que afectan pues a todo el territorio nacional (la página web de Amazon en España tiene alcance nacional) y al comercio transfronterizo. Y sin que el carácter de «verticales» de los contratos GTA y ARA 2018 en los que se insertan permita la aplicación del Reglamento europeo de exención por categorías a determinados acuerdos verticales (RECAV), como ya vimos, al no estar dichas cláusulas relacionadas con las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios contractuales, lo que condujo a que fueran analizadas de manera individualizada por la CNMC para determinar si las mismas constituyen, como efectivamente ese órgano ha decretado, en atención a razones que a mi entender no dejan lugar a dudas, una restricción de la competencia, y además por objeto.

La CNMC ha precisado también que las cláusulas de exclusión o brand gating son además restricciones por efecto, pues como ya fue apuntado, y se ha referido en su Resolución, además con amplitud, a los concretos efectos anticompetitivos de las mismas: la reducción del número de vendedores; que los NAR han perdido un importante canal de ventas; la concentración de las ventas en Amazon; la compartimentación del mercado interior y el incremento de los precios relativos pagados por los consumidores por la compra de productos de la marca Apple en la página web de Amazon en España. No resultaba necesario identificar los efectos anticompetitivos de tales cláusulas, al ser tales cláusulas ya restricciones por objeto, pero la CNMC lo ha hecho, y ello no carece de importancia a la hora de apuntalar aún más si cabe, ante la previsión de futuros recursos judiciales, el carácter anticompetitivo de tales cláusulas.

La CNMC no ha considerado que los dos otros tipos de cláusulas, las de publicidad y las de limitaciones al marketing, sean restricciones por efecto. De estas últimas resulta lógico si, como se expuso, la CNMC estima que funcionan de manera similar a una «cláusula de no competencia», que podría estar justificada durante la vigencia del GTA, pero en ningún caso en los dos años posteriores a su expiración. Pero, respecto de las cláusulas de publicidad, y también a los mismos fines de apuntalar aún más el claro carácter anticompetitivo de tales cláusulas, estimo que la CNMC sí debería haber expresamente dicho que también son restricciones por efecto, porque esos efectos anticompetitivos se han producido realmente, al haber estado limitando la capacidad de

otras marcas de mostrar sus anuncios a potenciales consumidores cuando éstos realizan una búsqueda de los productos en cuestión, marcas que además han estado soportando una presión competitiva de la que Apple se escapado, y al haber estado impidiendo a los consumidores que buscaban un determinado producto de Apple en Amazon el poder ver anuncios de productos de marcas competidoras en los supuestos descritos en las cláusulas, y con ello el haber estado impidiendo u obstaculizando su acceso a información sobre productos alternativos competidores, lo que ha estado limitando la capacidad de los consumidores de tomar decisiones informadas.

Por supuesto, y además, como refería la CNMC, todos las razones y motivos que ha expuesto en su larga Resolución impiden, asimismo, estimar que las restricciones que han sido analizadas cumplan con los requisitos de la exención individual prevista en los artículos 101.3 del TFUE y 1.3 de la LDC, pues es evidente que con las cláusulas tantas veces mencionadas no se contribuye a mejorar la comercialización y distribución de bienes y servicios, y aunque algo así hubiese podido ser visto en todo esto, desde luego no lo habría sido permitiendo a los consumidores participar de forma equitativa en sus ventajas (27) .

Asimismo, compartimos plenamente la decisión de la CNMC de descartar que las cláusulas de exclusión o brand gating, de publicidad y de limitaciones al Marketing puedan calificarse como «restricciones accesorias» a la relación principal lícita de distribución entre Apple y Amazon disciplinada por el GTA y el ARA 2018. Como ha sido destacado, las restricciones accesorias suponen que en el ámbito de un contrato lícito deben considerarse autorizadas aquellas restricciones a la libertad de competir de las partes que sean necesarias para el cumplimiento de tal contrato, pues de otro modo se llegaría al absurdo de no permitir la celebración de ciertos contratos *«cuya utilidad y amparabilidad por el Derecho es evidente»* (28) . No serían pues las restricciones accesorias auténticas restricciones a la competencia, estas sí prohibidas por el Derecho. En el caso de los tres tipos de cláusulas contrarias a la competencia tantas veces mencionadas de los contratos GTA y ARA 2018 entre Apple y Amazon éstas no reúnen los requisitos de aplicación de la doctrina de las «restricciones accesorias», que son (29) : uno, que la restricción sea realmente accesoria, y no el objeto principal del contrato; dos, que la restricción sea objetivamente necesaria para la realización de la operación principal; y, tres, que la restricción sea proporcionada a los objetivos perseguidos por el contrato principal, no admitiéndose restricciones que excedan de lo necesario. Desde luego, el tercer requisito no se cumple, y probablemente tampoco los otros, pero lo que resulta diáfano es que la inclusión de los tres tipos de cláusulas referidas en los contratos GTA y ARA 2018 exceden con mucho de lo necesario para para las finalidades perseguidas con los mismos.

En suma, la Resolución (S/0013/21/AMAZON/APPLE BRANDGATING) de la CNMC ha analizado la situación generada por las cláusulas controvertidas con detalle, tras un largo y muy elaborado expediente, y ha resuelto a mi modo de ver de un modo impecable en su aplicación de la normativa de defensa de la competencia, sin que las alegaciones de Apple y Amazon hayan conseguido impedir o desvirtuar la decisión finalmente adoptada, pues sus motivos han resultado todos ellos denegados por la CNMC en base a razones evidentes. ¡Si hasta Amazon en el expediente habría intentado convencer a la CNMC de su falta de responsabilidad en la infracción sobre la base argumental de que Apple sería la única responsable de su sistema de distribución y de que en las restricciones verticales los distribuidores (en este caso Amazon) no tendrían que ser investigados ni sancionados, sino únicamente a los fabricantes o proveedores, por ser quienes imponen sus condiciones («o lo tomas o lo dejas»)! Algo que la CNMC también rechazó con argumentos llenos de sensatez: ni Amazon es una pequeña o mediana empresa frente a Apple, por lo que no hay un desequilibrio económico entre empresarios que pueda justificar esa situación, ni Amazon en su relación con Apple ha actuado como un mero distribuidor, sino como un gran mercado en línea puesto a disposición de Apple, en una relación entre iguales que ha reportado a Amazon muchos beneficios al haberse convertido, con la expulsión de la mayoría de los revendedores de su mercado en línea (los NAR), en el principal distribuidor de productos de Apple por efecto de unas cláusulas restrictivas de la competencia que han perjudicado a terceras empresas y a consumidores (30) .

Terminamos este comentario destacando que, contra esta Resolución podía interponerse directamente recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a partir del día siguiente al de su notificación. Y así, apenas adoptada por la CNMC, fuentes de ambas compañías sancionadas se apresuraron a señalar su intención de recurrir la multa impuesta por la CNMC ante la Audiencia Nacional, al estar completamente en desacuerdo con ella. Amazon se expresaba en estos términos: *«Rechazamos la sugerencia de la CNMC de que Amazon se beneficia al excluir a vendedores de la tienda, ya que nuestro modelo de negocio se basa, justamente, en el éxito de las empresas que venden a través de Amazon, muchas de las cuales son pymes. Además, fruto del acuerdo con Apple, los clientes españoles se han beneficiado de una amplia variedad de producto, que se ha más que duplicado en los últimos cuatro años, y excelentes ofertas, así como envíos más rápidos»* (31) . En suma, Amazon defiende que fruto del acuerdo con Apple los clientes españoles *«se han beneficiado de una amplia variedad de producto, que se ha más que duplicado en los últimos cuatro años, y excelentes ofertas, así como envíos más rápidos»* (32) .

De igual modo, Apple justificaba las cláusulas que han sido declaradas contrarias a la competencia concertadas con Amazon dentro del esfuerzo de protección a los usuarios contra falsificaciones de productos, que hasta la fecha de los acuerdos era elevada para los estándares de Apple en el marketplace de Amazon; así, Apple defiende que los acuerdos con Amazon forman parte de su lucha por *«proteger a los usuarios contra los riesgos de seguridad y calidad causados por los productos falsificados»*, acuerdos que *«redujeron significativamente la venta de productos Apple falsificados en el sitio web de Amazon, contribuyendo a mejorar de forma efectiva la experiencia del cliente»* (33) . Antes de firmar tales acuerdos Apple insiste en que tuvieron que enviar cientos de avisos de retirada a Amazon para reducir el fenómeno de la falsificación, y además argumenta que la jurisprudencia reconoce que la finalidad de proteger a los clientes justifica la limitación del uso de los marketplace.

Resaltamos, también, que esta no es la primera multa que reciben las dos empresas por esta serie de acuerdos que además de en España se adoptaron en otros países, como Estados Unidos, Reino Unido, India, Japón, Francia o Italia. Así, la decisión adoptada por la CNMC es similar a otra tomada por su órgano homólogo en Italia, la Autoridad Garante de la Competencia y los Mercados de Italia (AGCM), que en noviembre del 2021 multó con más de 200 millones a Amazon y Apple por establecer en octubre de 2018 un acuerdo restrictivo en la venta de productos *«que impedía operar a todos los distribuidores legítimos»* también por medio de cláusulas de brand gating o restricción comercial a las marcas, la venta de productos especializados en audio marca Beats, cuya compañía fabricante había adquirido Apple algunos años antes. Dicha sanción fue reducida a principios de 2022 a 173 millones por un error material en el cálculo inicial, para ser finalmente anulada en octubre de ese mismo año 2022 por el Tribunal Administrativo Regional, primera instancia contencioso-administrativa en Italia. Un hecho éste que ha llevado a afirmar a Apple que la jurisprudencia y los reiterados precedentes reconocen que la finalidad de proteger a los clientes y una experiencia de máxima calidad justifica la limitación del uso de los *Marketplace*, pero hay que señalar que la decisión anulatoria del referido tribunal italiano se fue adoptada no por razones materiales, sino por un error de procedimiento de la autoridad de competencia del país, quien a juicio del tribunal no había dado tiempo suficiente a las partes para defenderse de las acusaciones (34) .

Es siempre incierto vaticinar el recorrido judicial de un recurso, y por lo tanto también el de éste de Apple y Amazon ante la Audiencia Nacional, por lo que todavía hay por delante una costosa batalla legal que se prolongará en el tiempo. Pero, estimamos que, salvo por cuestiones formales en la tramitación del expediente (desconocidas para nosotros y que por supuesto no presuponemos), atendiendo a lo ocurrido y cómo ha sido resuelto, no debería haber razones sustanciales que se apartasen en la futura sentencia de lo decretado por la CNMC en su Resolución (S/0013/21/AMAZON/APPLE BRANDGATING).

- (1) La prensa económica ha destacado que, aunque la CNMC podría haberles sancionado con el 5% de todo el volumen de su negocio mundial, tan solo han reclamado el 0,01%. Así, véase el diario El Economista, de 15/9/2024, «La CNMC plantea vetar a Amazon y Apple en la contratación con la administración pública».

Ver Texto

- (2) Así, <https://cincodias.elpais.com/companias/2023-07-18/la-cnmc-multa-a-apple-y-amazon-por-restringir-la-competencia-en-el-mercado-on-line.html> La CNMC ha impuesto a Apple y Amazon la segunda mayor multa de su historia, solo superada por la de 203,6 millones impuesta a seis de las principales constructoras de nuestro país por alterar durante más de 25 años el proceso competitivo en las licitaciones de construcción de infraestructuras (una sanción cursada en julio de 2022). Además, con la Resolución (S/0013/21/AMAZON/APPLE BRANDGATING) Apple ha recibido la mayor sanción impuesta a un empresario en concreto.

Ver Texto

- (3) Según destaca la prensa especializada (vid. El diario digital La información, «La CNMC sanciona a Apple y Amazon con 194 millones por restringir la competencia», de 18 de julio de 2023).

Ver Texto

- (4) Efectivamente, la organización de la distribución de los productos y servicios de Apple se realiza a través de un sistema «abierto» en el que los diferentes revendedores se clasifican en:

- • Distribuidores Autorizados de Apple, AAD por sus siglas en inglés, que operan a nivel mayorista
- • Revendedores Autorizados de Apple, que operan a nivel minorista, los AAR, Apple Authorised Resellers por sus siglas en inglés
- • Revendedores Premium de Apple, que operan a nivel minorista y ofrecen una experiencia premium al cliente, los APR, Apple Premium Resellers por sus siglas en inglés
- • Revendedores Minoristas, que operan a nivel minorista, pero que son comerciantes de gran tamaño, grandes minoristas online, etc., y que serán denominados «Minoristas»
- • Revendedores No Autorizados, que operan en todos los niveles sin tener una relación contractual directa con Apple, los NAR, Non-Authorised Resellers por sus siglas en inglés.

Ver Texto

- (5) Revista Mercado (2021). La historia de Amazon, una compañía multimillonaria que inició en un garaje. Disponible en <https://www.revistamercado.do/negocios/la-historia-de-amazon-una-compania-multimillonaria-que-inicio-en-un-garaje>.

Ver Texto

- (6) Entre los que se encuentran productos de consumo electrónico, como dispositivos de Fire TV para transmitir contenido a televisores, tablets Fire, auriculares de diadema y auriculares in-ear, así como accesorios.

Ver Texto

- (7) Según datos de la Comisión, más de un millón de empresas de la UE han ofrecido en 2022 sus productos y servicios online, y más del 50% de las pymes que utilizan estas vías han logrado realizar ventas transfronterizas PARLAMENTO EUROPEO: Noticias. (2022). ¿Por qué la UE quiere regular la economía de plataformas? Transformación digital. Disponible en <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/priorities/transformacion-digital/20201008STO88810/por-que-la-ue-quiere-regular-la-economia-de-plataformas>.

Ver Texto

- (8) «Los marketplaces cumplen la función de intermediarios entre vendedores y compradores, albergando los diferentes productos y facilitando el trabajo a los comerciantes, ofreciendo herramientas para el procesamiento de los pagos, gestionando los envíos y realizando el seguimiento de los pedidos (...) Por un lado, los marketplaces benefician a los vendedores, puesto que funcionan de un modo sencillo, efectivo y rentable económicamente, permiten llegar a una amplia audiencia de consumidores sin necesidad de contar con un negocio online propio o en el caso de que tuvieran un e-commerce más

pequeño (...) Y, por otro lado, también benefician a los compradores, ya que tienen acceso a una variedad de productos y servicios prácticamente ilimitada, pueden realizar los pagos de forma segura y, además, debido a la amplia competencia que se genera, pueden buscar y encontrar precios más bajos, promociones u ofertas», escribe Andreeva, K., en «Normativa de la Unión Europea sobre la protección del consumidor en el comercio electrónico», Trabajo de fin de Máster de estudios avanzados de la Unión Europea de la Universidad de Valladolid, defendido en 25 de septiembre de 2023.

[Ver Texto](#)

- (9) Por lo tanto, ya incoado el expediente y durante el curso de la investigación, como veremos.

[Ver Texto](#)

- (10) A través de la Red de Competencia Europea (European Competition Network, ECN).

[Ver Texto](#)

- (11) Como claramente señala la CNMC: *«Las cuotas de AMAZON en los mercados en los que opera, el hecho de que los productos APPLE sean los productos más demandados de su categoría en el mercado —es el primer fabricante de productos electrónicos por cuota de mercado en valor—, y el hecho de que la propia AMAZON reconozca el liderazgo de los productos de la marca APPLE y la propia APPLE de la Página Web de AMAZON, permiten concluir que tanto AMAZON como APPLE son empresas cuyos comportamientos son aptos para restringir y/o afectar a la competencia en el mercado»* (así, RESUMEN DE LA RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE LA CNMC DE 12 DE JULIO DE 2023 EN EL EXPEDIENTE S/0013/21 AMAZON/APPLE BRANDGATING, pg. 23).

[Ver Texto](#)

- (12) «PC Componentes», con una cuota de entre el 5 y el 10%. Amazon es pues el principal mercado en línea en España y además el principal el más importante operador en el mercado on line de productos electrónicos en España por ventas netas en el año 2021.

[Ver Texto](#)

- (13) El elemento horizontal es visible en que ambas empresas compiten tanto a nivel fabricación como a nivel distribución de determinados productos, pues como ya fue señalado Amazon fabrica y vende una gama cada vez más amplia de productos tales como, por ejemplo, dispositivos de Fire TV para transmitir contenido a televisores, tablets, auriculares de diadema y auriculares in-ear y accesorios. El elemento vertical es manifiesto, pues el GTA y el ARA 2018 son contratos por los que se autoriza a Amazon a vender productos de la marca Apple y se regulan las condiciones de compraventa y relaciones entre ambas empresas.

[Ver Texto](#)

- (14) Sobre acuerdos verticales y horizontales puede consultarse, respectivamente: ECHEVARRÍA SÁENZ, J.A.: Voz Acuerdos verticales, en *Diccionario de Derecho de la Competencia*, dirigido por VELASCO SAN PEDRO, L., Iustel, Madrid, 2006, pg. 121 y ss. Y MAMBRILLA RIVERA, V.: Voz Acuerdos horizontales, en *Diccionario de Derecho de la Competencia*, dirigido por VELASCO SAN PEDRO, L., Iustel, Madrid, 2006, pg. 79 y ss.

[Ver Texto](#)

- (15) Cuando se adopta la resolución de la CNMC de 12 de julio de 2023 se encontraba ya plenamente vigente el RECAV de 2022, al haber finalizado el referido periodo transitorio el 31 de mayo de 2023 para que los acuerdos verticales vigentes a 31 de mayo de 2022 que cumplieran con los requisitos del RECAV de 2010, (Reglamento 330/2010, y que ha sido derogado por el de 2022), pero que todavía no cumplieran los criterios del RECAV de 2022, pudieran adaptarse al nuevo reglamento.

[Ver Texto](#)

- (16) A este respecto, véase lo que dispone en los apartados 2 y 4 del artículo 2 del REGLAMENTO (UE) 2022/720 DE LA COMISIÓN de 10 de mayo de 2022 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

[Ver Texto](#)

- (17) En el caso de Apple, el intensificar el control de la distribución de sus productos en Amazon supuso aplicar restricciones que sólo son compatibles con las reglas de competencia en el ámbito de un sistema de distribución «selectiva» convenientemente justificado, cuando sin embargo, y como ya hemos dicho, Apple ha optado por la comercialización de sus productos a través de un sistema de distribución «abierto», en el que actúan con su consentimiento distintos tipos de distribuidores, incluso no autorizados (los NAR), y Apple incluso anima a sus distribuidores mayoristas a suministrar sus productos a tales revendedores no autorizados. Por su parte, el objetivo de reducir los costes de control sobre la venta de sus productos en la web de Amazon ha supuesto excluir a casi todos los vendedores, salvo un pequeño grupo, algo más cómodo y económico que invertir en aplicar otras políticas como, por ejemplo, la del Registro de Marcas, para limitar el problema de las falsificaciones.

En cuanto a Amazon, al aceptar la inclusión de tales cláusulas de exclusión o brand gating pretendía obtener mejores condiciones como distribuidor de Apple mediante el suministro directo del catálogo completo de sus productos, así como, de darse el caso, ascender de categoría en su rol de distribuidor de Apple si lograba determinados niveles de venta que preveía poder alcanzar gracias a concentrar las ventas en su propio canal, pero claro, ello mediante la expulsión de la mayor parte de los revendedores de Apple que habían venido operando en ese Marketplace, lo que no es en absoluto de recibo.

[Ver Texto](#)

- (18) Según refiere en su nota 39 el Resumen de la Resolución de la CNMC que tratamos.

[Ver Texto](#)

- (19) Según destaca el «Estudio sobre las condiciones de competencia en el sector de la publicidad online en España» de la CNMC (E/CNMC/002/19).

[Ver Texto](#)

- (20) Literalmente, en la Presentación de la obra de CAMPUZANO, A.B., PALOMAR OLMEDA, A. y CALDERÓN, C.: *El Derecho de la Competencia*, 2ª edición, tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

[Ver Texto](#)

- (21) Así, MAMBRILLA RIVERA, V.: Voz Prácticas colusorias (aspectos generales), en *Diccionario de Derecho de la Competencia*, dirigido por VELASCO SAN PEDRO, L., Iustel, Madrid, 2006, pg. 543.

[Ver Texto](#)

- (22) Véase VELASCO SAN PEDRO, L.A.: Voz Restricción de la competencia, en *Diccionario de Derecho de la Competencia*, dirigido por VELASCO SAN PEDRO, L., Iustel, Madrid, 2006, pgs. 627 y 628, sobre lo que ha de entenderse por «competencia» como bien jurídico protegido por el Derecho de la competencia.

[Ver Texto](#)

- (23) Así, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: *Apuntes de Derecho Mercantil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, pg. 284 y ss.

[Ver Texto](#)

- (24) Al respecto, véase VELASCO SAN PEDRO, L.A.: Voz Restricciones por objeto, en *Diccionario de Derecho de la Competencia*, dirigido por VELASCO SAN PEDRO, L., Iustel, Madrid, 2006, pgs. 636 y ss.

[Ver Texto](#)

- (25) Al respecto, véase VELASCO SAN PEDRO, L.A.: Voz Restricciones por efecto, en *Diccionario de Derecho de la Competencia*, dirigido por VELASCO SAN PEDRO, L., Iustel, Madrid, 2006, pgs. 634 y ss.

[Ver Texto](#)

- (26) Al respecto, véase MAMBRILLA RIVERA, V.: Voz Acuerdos de menor importancia, en *Diccionario de Derecho de la Competencia*, dirigido por VELASCO SAN PEDRO, L., Iustel, Madrid, 2006, pg. 74 y ss.

[Ver Texto](#)

- (27) Como tantas veces se ha dicho ya, las cláusulas de exclusión o brand gating, han supuesto para los consumidores un incremento de los precios relativos pagados por ellos por la compra de productos Apple

en mercado en línea que es Amazon en España. Y las cláusulas de publicidad han perjudicado directamente a los consumidores al limitar su capacidad de descubrir nuevas marcas y/o productos alternativos a los de Apple, al incrementar sus costes de búsqueda y al reducir su capacidad de cambio.

[Ver Texto](#)

- (28) Así, VELASCO SAN PEDRO, L.A.: Voz Restricciones accesorias, en *Diccionario de Derecho de la Competencia*, dirigido por VELASCO SAN PEDRO, L., Iustel, Madrid, 2006, pgs. 633 y 634, quien menciona como ejemplos claros de este tipo las «cláusulas de no competencia» que, bien de modo expreso, o implícitamente derivadas del principio de buena fe, forman parte de los contratos de compraventa de empresas.

[Ver Texto](#)

- (29) Según destaca VELASCO SAN PEDRO, L.A.: Voz Restricciones accesorias, op. cit., pg. 634.

[Ver Texto](#)

- (30) Véanse al respecto de lo expuesto las páginas 337 y ss. de la Resolución.

[Ver Texto](#)

- (31) Palabras tomadas del diario El liberal, de fecha 18 de julio de 2023, quien además añadía que fuentes de la referida compañía «indican también que fruto del acuerdo con Apple, el catálogo, por ejemplo, de iPads en la web de Amazon se ha multiplicado hasta por cinco, con incrementos también muy notables en otras líneas de productos como el iPhone, los AirPods y el Apple Watch. Asimismo, indican, como resultado del acuerdo, la cantidad de compras de productos Apple recién lanzados, como el iPhone o el iPad, fue hasta 89 veces mayor que en un período comparable anterior al acuerdo.

Sobre el acceso a precios más competitivos en productos Apple, señalan que los descuentos en los diferentes modelos de iPhone aumentaron una media de un 6 % en el segundo y tercer año después de la implementación del acuerdo. Y los descuentos en los modelos de iPad aumentaron, de media, entre un 7 % y un 8 %, en el segundo y tercer año después del acuerdo, respectivamente.

Y concluyen indicando que el modelo de Amazon se basa en el éxito de sus colaboradores comerciales, muchos de los cuáles son pequeñas y medianas empresas. Los productos de terceros representan alrededor del 60 % de las ventas en la tienda de Amazon y las ventas de los colaboradores comerciales están creciendo el doble de rápido que las ventas minoristas de Amazon. Dicen que invierten en apoyar e impulsar el crecimiento de las 15.000 pymes españolas que eligen vender en Amazon y, en 2022, las exportaciones de estas pymes superaron los 950 millones de euros a través de Amazon. Además, más de 450 pymes españolas que venden a través de nuestra tienda superaron el millón de euros en ventas».

[Ver Texto](#)

- (32) Vid. El diario La información, de 18 de julio de 2023.

[Ver Texto](#)

- (33) Vid. el diario Cinco Días, de 19 de julio de 2023.

[Ver Texto](#)

- (34) Otros países han necesitado más tiempo para decidir qué hacer con Amazon y este tipo de acuerdos. Así, el regulador de la competencia en Alemania (Bundeskartellamt) decidió ampliar el procedimiento abierto contra el gigante por un asunto muy similar, en un proceso que se inició en el año 2020 y por lo que sabemos aún no hay pronunciamiento. En el pasado, este organismo ha elegido la estrategia de llegar a acuerdos con la compañía estadounidense, obligándola a modificar su forma de operar en el país en vez de plantear sanciones económicas.

[Ver Texto](#)