

FACULTAD DE DERECHO

***La transformación del comercio digital a causa de la
nueva normativa Digital. Especial consideración de
la Ley de Mercados Digitales y su impacto en el
modelo de negocio de Amazon.***



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

Autor: Marina Ron López-Cano 5º E-3 Analytics

Tutor: Isabel Lázaro González

Madrid | junio 2022

INTRODUCCIÓN

El mundo digital ha supuesto un giro radical en la forma de entender el comercio. El impacto de las nuevas tecnologías en la distribución y venta de productos ha sido exponencial y esta tendencia va a continuar en aumento. Ante esta situación y como no puede ser de otra manera, la UE reaccionó y continúa reaccionando, tratando de regular este nuevo contexto y adaptándose a las necesidades y preocupaciones que van surgiendo principalmente para los consumidores y aquellas empresas cuyo tamaño las hace vulnerables a los posibles abusos de las grandes plataformas y empresas tecnológicas.

Como se ha indicado, el nuevo marco legislativo europeo encargado de la regulación del entorno digital está enfocado en el control y mayor protección de las actuales condiciones de empresas y consumidores. Fruto de la intención señalada surgen dos normas esenciales y con finalidades relacionadas y complementarias. Por un lado, la LSD (Ley de Servicios Digitales) y por otro la Ley de Mercados Digitales (LMD). En ambos casos su centro de atención son principalmente los grandes “operadores digitales” constituidos por las cinco grandes empresas tecnológicas como Google, Amazon, Apple, Meta y Microsoft. Si bien aparecerán menciones necesarias a la LSD este trabajo se centrará en la LMD. Más en concreto, en las posibles consecuencias que dicha regulación pueda tener, una vez aprobada, en Amazon y sus distintas líneas de negocio.

La ley pretende establecer un nuevo sistema de referencia que subsane los actuales procedimientos en materia antimonopolio y practicas colusorias de la competencia que se ha mostrado insuficiente a la luz de la nueva realidad descrita. Se pretende así establecer un sistema menos flexible para que las tecnológicas vean limitada su capacidad de acción y controlar de algún modo su forma de actuar.

Así, en un mundo cada vez más tecnológico, es necesario reforzar la seguridad jurídica tanto de proveedores como de los consumidores, estableciendo sistemas de protección que resulten eficaces a la hora de prevenir monopolios y evitar prácticas competitivas cuestionables como, por ejemplo, en relación con los acuerdos verticales y horizontales. Sobre la base de lo mencionado intentaremos en este trabajo, partiendo del análisis del modelo de negocio de Amazon, ver el impacto que estas iniciativas legislativas pueden y van a tener en esta compañía.

La estrategia empresarial de Amazon le ha permitido copar una alta cuota de mercado en el comercio electrónico, además de en otras áreas como el *cloud computing* (*Amazon Web Services*) y continúa diversificando su negocio en el área tecnológica. En un primer momento, se trató de algo novedoso y bueno para el consumidor, ya que permitió poner a disposición del usuario final un sin fin de productos y bienes, eliminando el factor temporal o de fronteras. Del lado empresarial permite a millones de sociedades más pequeñas dar visibilidad y generar riqueza. El problema surge cuando este gigante, debido a su propia naturaleza puede ejercer ciertas conductas que resulten lesivas para el mercado en libre competencia y se destapan ciertas actuaciones que no cumplen con los criterios marcados. A lo largo de este documento intentaremos explicar los diferentes modelos de negocio de Amazon y como lo que acabamos de señalar hace necesario adaptar la legislación existente a la nueva realidad para que no existan beneficios adicionales para las grandes plataformas.

ABREVIATURAS

1. ART	Artículo
2. TIC	Tecnologías de la Información y de la Comunicación
3. CNMC	Comisión Nacional del Mercado de la Competencia
4. FTC	Comisión Federal de Comercio de EEUU
5. LDC	Ley de Defensa de la Competencia
6. LMD	Ley de Mercados Digitales
7. LSD	Ley de Servicios Digitales
8. RGPD	Reglamento General de protección de datos
9. TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
10. TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
11. UE	Unión Europea

RESUMEN

La Ley de Mercados Digitales surge ante la necesidad de proteger la competencia en los mercados de una forma efectiva y justa dentro de la economía digital. Esta norma se centra en las grandes plataformas y tiene como objetivo principal la limitación de las ventajas competitivas que poseen debido precisamente a esa posición dominante, evitando así que puedan sucederse actuaciones de abuso de poder.

Supone un gran avance a nivel global, por ser de las primeras legislaciones que se pongan en marcha sobre la cuestión. No cabe duda de que posteriormente se erigirá como un referente en distintos mercados.

Una de las grandes empresas tecnológicas que más se va a ver afectada por la nueva normativa es la empresa estadounidense Amazon. Hasta el momento, la compañía se ha visto envuelta en numerosas demandas relativas a ciertas prácticas de dudosa legalidad en el desarrollo de su negocio. Sin embargo, debido a la falta de una regulación cohesionada, hasta el momento esto sólo ha supuesto numerosas multas a nivel administrativo en materia de competencia. Asimismo, la mayoría de estos conflictos se han resuelto mediante acuerdos previos a la vía jurisdiccional y evitan los juicios y sentencias antitrust.

En este trabajo se pretende llevar a cabo un estudio detallado de cómo este tipo de compañías, denominadas por la nueva normativa como “guardianas de acceso” (y con especial atención a una de ellas “Amazon”), ven su sistema negocio afectado y acotado para cumplir con la nueva normativa.

PALABRAS CLAVE

Ley de Mercados Digitales, Amazon, prácticas anticompetitivas, abuso de poder.

ABSTRACT

The Digital Markets Law arises from the need to protect competition in the markets in an effective and, above all, fair way, within the digital economy. This law focuses on large platforms and its main objective is to limit the competitive advantages they have precisely because of their dominant position, thus preventing abuse of power.

It represents a great step forward at a global level, as it is one of the first legislations to be implemented on this issue. There is no doubt that it will later become a benchmark in different markets.

One of the big technology companies that will be most affected by the new regulation is the American company Amazon. So far, the company has been involved in numerous lawsuits related to certain practices of dubious legality in the development of its business. However, due to the lack of a cohesive regulation, this has so far only resulted in numerous fines at the administrative level in competition matters. Furthermore, most of these disputes have been resolved through pre-judicial settlements and avoid antitrust trials and judgments.

The aim of this paper is to carry out a detailed study of how this type of companies, called "gatekeepers" by the new regulation (with special attention to one of them "Amazon"), see their business system affected and limited to comply with the new regulation.

KEY WORDS

Digital Markets Act, Amazon, anticompetitive practices, abuse of power.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	2
ABREVIATURAS	3
RESUMEN	4
PALABRAS CLAVE	4
ABSTRACT	5
KEY WORDS	5
1. Modelo de negocio de Amazon	7
1.1 Algunos datos previos relevantes sobre la compañía.....	7
1.2 Otras valoraciones previas sobre su estrategia	8
1.3 Aproximación a la tipología de las relaciones entre sujetos que operan en el Comercio Electrónico.	10
1.4 Diferentes líneas de negocio de Amazon Negocio “E-Commerce”	10
1.5 Negocio “CLOUD”	12
2. Prácticas potencialmente más conflictivas. Precedentes e investigaciones en diferentes jurisdicciones.	13
2.1. EE. UU.....	13
2.2. Europa	14
2.3. España	17
3. Análisis Jurídico	19
3.1. Antecedentes del Marco normativo objeto de análisis: Derecho de la competencia. Breve referencia al Derecho de la sociedad de la información como antesala de la regulación digital.	19
3.1.1 Punto de partida	19
3.3.2 Prácticas prohibidas	20
3.3.3 Perjuicios perseguidos.....	21
3.3.4 Cuestiones competenciales	22
3.3.5. Derecho de la sociedad de la información.....	23
3.2 La normativa Digital	24
3.2.1. La LSD.....	25
3.2.2. La LMD	26
CONCLUSIONES	30
BIBLIOGRAFÍA	32
Artículos:	32
Legislación:	32

1. Modelo de negocio de Amazon

1.1 Algunos datos previos relevantes sobre la compañía

La tecnología digital se ha consolidado como un eje central en el ejercicio de nuestras actividades cotidianas y también de las empresas, que han modificado la manera en que dan a conocer y promocionan sus productos y servicios, así como la forma de relacionarse con la clientela. Surge de este modo el comercio digital abriendo las fronteras y teniendo al alcance todo un mundo globalizado, dejando a un lado el elemento de presencialidad que antes marcaba nuestras relaciones comerciales. La presencia de la red surge como un complemento a la “tienda física” o en muchas ocasiones se sustituye de forma directa, como es el caso que nos ocupa: AMAZON y su modelo de negocio.

Su creación data de 1994 y la obtención de beneficios no ha llegado hasta hace unos años, con importantes variaciones en el modelo de negocio desde su implantación. Amazon constituye uno de los gigantes tecnológicos a nivel mundial. En su ejercicio de 2021 consiguió unos beneficios netos de 33.364 millones de dólares, lo que supuso un incremento de más del 56% respecto al ejercicio del año anterior y debido al incremento de ventas que percibió el negocio durante la pandemia. En total, la empresa está actualmente valorada en 469.8 miles de millones de dólares.

La venta sin sede física es una nueva forma de distribución que la diferencia del modelo tradicional en diversos aspectos, como puede ser el que no existe una limitación espacial o temporal, que se ofrece a un mercado global y que permite un acceso más generalizado a todo tipo de público. Además, un establecimiento de estas características, en concreto el modelo implantado por Amazon, cuenta con una importante ventaja competitiva con respecto a otras tiendas y también, dado el tamaño que ha adquirido.

Con relación a la reducción de gastos en personal o almacenamiento, si bien es verdad que es un elemento diferenciador entre el *e-commerce* y el tradicional, en este caso, Amazon cuenta con múltiples plataformas y personal propio donde organiza y distribuye todos sus pedidos, por lo que esta reducción será menor que en otro tipo de tienda on-line donde se tenga externalizado. Como ventaja presenta que al tener estos dos elementos como propios

puede abarcar una mayor cuota de mercado que le ha permitido llegar hasta su posición actual.

Otro de los principales pilares donde se basa la empresa, lo podemos encontrar en el rastro propio que los usuarios van dejando a la hora de realizar sus búsquedas y adquisiciones. Sin duda, esta generación de datos continua es aprovechada para la consecución de ventajas competitivas y dirigirse de una forma más personal a cada cliente, consiguiendo así una fidelización.

Como ya hemos indicado la innovación es uno de los pilares fundamentales, convirtiéndose en “la gran tienda global”¹. En cuanto a la situación del e-commerce como estrategia empresarial, sin duda la tecnología digital ha sido la encargada de propiciarlo, interrelacionado con la evolución social y de la demanda del usuario. En el caso concreto de España, la evolución sobre el aumento del comercio electrónico y sobre todo de Amazon ha sido exponencial y continúa su ascenso y la previsión es que continúe. Una gran parte de sus ingresos proviene de los servicios digitales que ofrece a otras empresas y también a particulares y en los últimos años se está consolidando el área de publicidad digital pero principalmente en los servicios Cloud.

1.2 Otras valoraciones previas sobre su estrategia

Es importante destacar una serie de ventajas competitivas que han permitido a Amazon posicionarse en un lugar destacado del mercado y que veremos a continuación.

Un elemento destacable en el desarrollo de los negocios señalados han sido las ventajas por el uso del denominado “*business intelligence*”, que no es sino una forma de utilizar los datos de consumo y preferencia del cliente para ofrecerle posteriormente y en función a estos mismos productos relacionados y que puedan resultar de su interés.

Por otro lado, el coste operativo resulta inferior al carecer de tiendas físicas y solo poseer almacenes de distribución. Con el volumen que ha alcanzado en la actualidad se ha impuesto una economía de escala tanto en la cadena de producción como de suministro.

¹ Saiz Verdager, 2016. P. 15-16.

La estructura logística es un punto que la diferencia de otros *e-commerce*, dando respuesta a diario a millones de pedidos, cumpliendo con los tiempos de entrega con los que se compromete, dato muy valorado por la clientela.

La capacidad de innovación y adaptación tecnológica es otro punto clave de su éxito. Todo ello con una estrategia bien definida y que se centra en el largo plazo y reinvertiendo los beneficios en la mejora y ampliación de la misma.

Aunque su modelo de negocio se centra en Internet ha conjugado también con algún modelo físico, que le permite dar mayor visibilidad aún si cabe a la marca. Igualmente, y dentro de dicha estrategia de difusión y notoriedad de marca y productos decidió ampliar el catálogo virtual inicial agrupando a múltiples minoristas, convirtiéndose en un escaparte virtual para los socios, donde estos últimos eran los que se encargaban además de actualizar el propio catálogo. Este modelo supuso que se convirtiera en “un agregador contratado y disfrutar de las economías de una empresa de servicios, sin tener que soportar las quejas por la falta de cumplimiento”².

Al igual que cualquier otro E-Commerce su estrategia de posicionamiento en las búsquedas, visitas y tráfico on line es esencial. Estamos hablando del SEO (*Search Engine Optimization*), aspecto fundamental de la estrategia empresarial de Amazon y que queda fuera de nuestro estudio, pero sí es necesario introducir algunas pinceladas para poder entender mejor el modelo que ostenta.

Así, es el denominado posicionamiento que posee cada empresa en los diferentes motores de búsqueda. Grandes tecnológicas como Google o la propia Amazon poseen su propio sistema SEO, basado en la “tasa de conversión del producto”, esto es, en los datos de ventas³.

Las bases de este posicionamiento se centran en el lanzamiento de ofertas, cambio de precios constante, anuncios, publicidad y la obtención de opiniones positivas del producto, dato muy importante y que aporta mayor fiabilidad y confianza a la hora de adquirir un determinado producto.

² Anderson, 2009. P. 133.

³ Saiz Verdager, 2016. Pág. 114.

1.3 Aproximación a la tipología de las relaciones entre sujetos que operan en el Comercio Electrónico.

Antes de proseguir con un análisis más jurídico es necesario introducir ciertas aclaraciones sobre en qué consiste en términos generales el comercio electrónico según los sujetos que operan en él y como se relacionan. Así, existen distintos tipos que se agrupan principalmente en:

- B2B: entre empresas (*business to business*)
- B2C: entre empresas y consumidores finales (*business to Consumer*)
- C2C: entre los propios consumidores (*Consumer to consumer*)

En relación con lo anterior, y las tipologías mencionadas, con la nueva regulación, en nuestra opinión, lo que se pretende es que empresas con mayor posición o más medios ocupen un gran lugar en el mercado, en detrimento de pequeños empresarios que no pueden competir ni por estructura ni por productos a ofrecer.

Sin duda, ante este modelo es necesario fortalecer la seguridad jurídica tanto para el cliente como para el resto de las empresas, fomentando que se respete la competencia leal y conjugando con el libre mercado. He de comentar que posturas más liberales como la planteada por EEUU puede suponer también cierto obstáculo a la Unión Europea, pues no permite establecer una política común en torno a los límites necesarios en materia antimonopolio.

De las tipologías indicadas, en este estudio nos centraremos en el modelo planteado por Amazon y que conjuga principalmente con dos de las vertientes anteriores; por un lado, el B2B en cuanto pone a disposición de otras empresas su plataforma para venta y distribución y, por otro, el B2C cuando el consumidor final adquiere un producto a través de la plataforma.

1.4 Diferentes líneas de negocio de Amazon Negocio “E-Commerce”

Pasamos ahora a identificar los grandes sectores que centran el negocio de Amazon. Ya hemos comentado el área de comercio minorista donde se ofrecen productos de diversa índole, desde música hasta moda, cosmética, mobiliario... Hay que destacar en este servicio la posibilidad que ofertan de una suscripción anual que permite al consumidor pagar una cuota fija y mucho más económica por el envío, además de permitir la llegada del producto de forma más rápida.

La segunda línea de negocio sería la denominada Marketplace (B2B) donde el cliente mayorista puede ofrecer sus productos sin tener que disponer de una estructura propia, lo que es de gran utilidad para empresas pequeñas porque reducen costes y les permite afianzar y dar visibilidad a la misma. Dentro de esta línea es donde se han producido los mayores conflictos, ya que muchas empresas han denunciado que Amazon ha recabado datos de funcionamiento, detalles de productos para después ofertarlos como propios a un precio inferior, por lo que se podría estar incurriendo en actos de competencia desleal como analizaremos posteriormente. Ello unido a diferentes prácticas cuestionables en cuanto a limitaciones geográficas o de canales (on line Vs off line) o incluso de afectación al principio de libre fijación de precios.

Como ventajas del Marketplace para el pequeño comerciante supone una oportunidad de venta que de otra forma no podrían alcanzar, ya que les permite una oportunidad de expansión del negocio, con la inclusión de nuevos clientes a la vez que también más competidores.

En el ámbito europeo, resulta relativamente fácil entrar en el universo del comercio electrónico dentro de Amazon, salvando obstáculos como el idioma o legislación distinta. Sólo tienen que decidir el producto a ofrecer, buscando el nicho de mercado adecuado e intentando eludir la competencia de grandes entidades.

Para formar parte del Marketplace será necesario el alta como vendedor y abonar la comisión por venta o una tarifa mensual que conlleva un número ilimitado de ventas. Posteriormente, habrá que fijar el precio y disponer los productos en el escaparate para que el resulte atractivo al cliente⁴.

Existen además dos vertientes de venta que son:

- FBM (*Fullfilment by merchant*)
- FBA (*Fullfilment by Amazon*).

En el primer modelo, será el vendedor el encargado de la logística, mientras que, en el segundo, Amazon es el encargado de realizar el envío, así como el almacenaje,

⁴ Saiz Verdaguier, 2016. P.62.

empaquetado e incluso la atención posventa. Este último caso conlleva un mayor coste para el vendedor.

La última fase es la propia venta y es aquí donde comienzan los obstáculos o ventajas para el vendedor minorista. En este sentido, Amazon es el que envía los compradores, según los algoritmos que la propia plataforma utiliza y atendiendo a criterios de afinidad o gustos del cliente.

La tercera línea sería Amazon Contenidos o Amazon Prime Video dedicada al área de contenido audio visual al estilo de otras plataformas de pago y que por el pago de la suscripción ofrece un catálogo de películas y series.

Por último, Amazon Kindle que se puso en funcionamiento en 2007 y que es un libro electrónico de su propia marca para que el consumidor adquiriera los libros de la misma plataforma y que gozan de un sistema de protección que impide que se puedan utilizar en otras.

1.5 Negocio “*CLOUD*”

Un área aparte del propio negocio *e-commerce* sería el dedicado a la infraestructura creada denominada “nube” y que recibe el nombre de *Amazon Web Services*. Aquí se ofrecen servicios de almacenamiento, bases y análisis de datos, así como aplicaciones que permiten dotar de mayor flexibilidad a las entidades, reduciendo costes. Son usados, de forma principal por empresas punteras en su sector y también aportan aplicaciones web y móviles.

Un dato para destacar es la cuota de mercado que representa en la actualidad esta sección empresarial, alcanzando en 2021 un 33%, posicionándose por delante de Microsoft que ostenta el 20%.

Además, Amazon continúa diversificando su línea estratégica con otros servicios como la inversión en startups y empresas ya consolidadas del modelo online.

2. Prácticas potencialmente más conflictivas. Precedentes e investigaciones en diferentes jurisdicciones.

Veamos a continuación algunos precedentes significativos y relevantes de cómo se ha tratado esta problemática (posición de dominio y posibles prácticas antitrust de Amazon) en diferentes jurisdicciones.

Hay que reseñar que la regulación en materia de comercio electrónico ha sido y continúa siendo dispar según el territorio y que permite tener la sede fiscal en una zona y vender a todo el mundo, con lo que las empresas pueden beneficiarse de estos elementos, obstáculo con el que cuentan las tiendas físicas, por ejemplo. En contraposición la exposición a vulnerar normas de diferentes jurisdicciones también es exponencialmente superior.

2.1. EE. UU.

A nivel antimonopolio, EE. UU. presentó una demanda en 2021 acusándolo de “prohibir a los vendedores que usan su plataforma vender más barato que en otras páginas”⁵. Esta prohibición, según el Fiscal General de EEUU alcanza incluso a las propias webs de las empresas, lo que recae directamente en el consumidor que tiene que pagar un precio más alto por el mismo producto. La defensa de Bezos ha declinado toda responsabilidad indicando que son las propias empresas las que establecen sus precios en su plataforma.

Uno de los argumentos de la demanda se centra en la obtención de ganancias de Amazon con el perjuicio para los vendedores y consumidores, lo que supone un grave menoscabo para la competencia, detallando que se sitúa en un plano claramente ilegal. De esta forma, la Comisión Federal de Comercio de EE. UU. (*FTC*), autoridad competente en materia de competencia y derechos de los consumidores inició una investigación en 2019 para analizar si la organización utiliza su cuota y poder en el mercado en perjuicio de la competencia, aunque aún no se pueda concretar en una respuesta de tipo penal.

El argumento de Amazon para contrarrestar esta acusación es que tiene reservado el derecho de no ofrecer o destacar al cliente cierto tipo de producto, en función del precio que posea.

⁵ Fuente: <https://elpais.com/economia/2021-05-26/washington-demanda-a-amazon-por-practicas-monopolisticas.html>

También la Comisión antimonopolio de la Cámara de representantes presentó una detallada investigación donde afirmaba que Amazon y otras grandes compañías incurren en prácticas anti-competencia. Por ejemplo, con vendedores de menor tamaño que participan en su plataforma y por lo que “empuja a Amazon a explotar su acceso a los datos y la información de los vendedores de la competencia, entre otras conductas anticompetitivas”⁶.

El mismo informe también detalla que Amazon ocupa más del 50% del mercado minorista en EEUU, lo que suponía un claro indicio de monopolio. Además, incluye algunas propuestas para limitar esta posición que pasan por la división de las unidades comerciales, así como la obligación para las empresas de presentar informes que avalen la idoneidad de realizar una fusión antes de que ésta se celebre, produciéndose mayor concentración aún.

2.2. Europa

Una de las primeras investigaciones que se realiza contra Amazon a nivel europea data del año 2015⁷ acerca de los acuerdos de distribución de libros electrónicos de Amazon. En este caso, la Comisión se centra en algunas cláusulas que se han incluido en los contratos editoriales de Amazon y que exigen a los editores informar sobre las ofertas que reciben de los competidores de Amazon y sobre eso ver si ofrece términos más ventajosos o favorables. Esta práctica supone una alteración del principio de libre competencia.

La Comisión veía en estas actuaciones un riesgo para que otros distribuidores de libros electrónicos puedan ejercer una verdadera competencia a Amazon y suponga una limitación de la misma entre los distintos distribuidores y que finalmente suponga una merma en la oferta que recibe el consumidor. De ser probado, esta forma de actuar supondría una violación de las normas antimonopolio previstas en la Unión Europea y que prohíbe expresamente el abuso de posición dominante en el mercado.

La Comisaria de Competencia expresó en relación a esta investigación que *“Amazon ha desarrollado un negocio exitoso que ofrece a los consumidores un servicio completo, incluso para libros electrónicos. Nuestra investigación no pone eso en duda. Sin embargo, es mi deber asegurarme que los acuerdos de Amazon con los editores no son perjudiciales para los consumidores, al impedir que otros distribuidores de libros electrónicos innoven y*

⁶ Nadler, J. Investigation of Competition in digital markets. Disponible en: https://fm.enbc.com/applications/enbc.com/resources/editorialfiles/2020/10/06/investigation_of_competition_in_digital_markets_majorit_y_staff_report_and_recommendations.pdf

⁷ Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_15_5166

compitan efectivamente con Amazon. Nuestra investigación mostrará si tales preocupaciones están justificadas”⁸.

La investigación surgió debido al alcance que había tomado Amazon, posicionándose como el principal distribuidor de libros electrónicos a nivel europeo. En un primer momento, la investigación se centró en el mercado de libros electrónicos en inglés y alemán. En concreto, el análisis va en el sentido de ver si ciertas cláusulas pueden proteger a Amazon frente a la competencia de otros distribuidores como las siguientes:

- El derecho de información sobre aquellas condiciones que resulten más favorables y que las ofrezcan los competidores.
- El derecho a incluir términos y condiciones como mínimo en igualdad de condiciones que los competidores.

La Comisión se preocupa por ver si estas cláusulas concretas pueden suponer un verdadero obstáculo en la igualdad de condiciones y que finalmente suponga una reducción de la competencia entre los distribuidores.

Así, los artículos 101 y 102 TFUE disponen de forma expresa los acuerdos anticompetitivos, así como el abuso de posición dominante. La implantación de estas disposiciones se establece en el Reglamento Antimonopolio de la UE (Reglamento del Consejo nº 1 /2003) y que además es aplicado también por las autoridades nacionales en el área de competencia.

El artículo 11 del Reglamento Antimonopolio dispone que “el inicio de un procedimiento por parte de la Comisión exime a las autoridades de competencia de los Estados miembros de su competencia para aplicar también las normas de competencia en la UE a las prácticas en cuestión”.

En 2017, la Comisión acepta una serie de compromisos por parte de Amazon que pasan por:

- Eliminación de cualquier cláusula importante que permita conocer a Amazon condiciones de precio u otras por parte de sus competidores o el derecho de información que incluía anteriormente para los editores. Este compromiso alcanza a parámetros como el no tener que comunicar qué modelo comercial se va a seguir, fechas de lanzamiento o comisiones de la agencia con la que trabaje el editor, eliminando también cualquier exclusividad que no haya sido pactada.
- La opción para el editor de rescisión del contrato que ya contenga este tipo de cláusulas, con el plazo de 120 días de antelación.

⁸ Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_15_5166

- No incluir este tipo de términos en contratos nuevos con los editores.

Este acuerdo se firmó por un plazo inicial de cinco años, con carácter renovable y en caso de incumplimiento por parte de Amazon, la Comisión podría imponer una multa de hasta el 10% de la facturación anual de Amazon en Europa, sin necesidad de demostrar una infracción de las normas de competencias vigentes en el momento.

Posteriormente, la Comisión ha acusado a Amazon de realizar conductas anticompetitivas sobre todo en el mercado francés y alemán, lo que ha supuesto que la Comisaria europea de competencia inicie acciones contra la empresa.

Se centra en el doble papel que Amazon posee en relación a los vendedores que hacen uso de su plataforma, ya que por un lado realiza labores de intermediación con los clientes y los propios vendedores y por otro es una relación entre empresas, donde existe competencia por la venta de los productos.

Otra línea de investigación pone de manifiesto el hecho de que se dé un trato de preferencia a ciertas ofertas minoristas sobre otras en función de la comisión que el vendedor pague a Amazon, así como el beneficio para la empresa que utiliza el sistema de logística y entrega del gigante.

Por el contrario, Amazon basa su defensa en que sólo representa el 1% del mercado minorista a nivel mundial y que sirve para fomentar el empleo y visibilidad de muchas pequeñas empresas.

El argumento principal de la Comisión Europea en este sentido es que Amazon “podría estar abusando de su papel como intermediario, utilizando los datos que obtiene de los vendedores para actuar contra ellos”⁹.

Esta denuncia del año 2020 tenía su base en la investigación iniciada en 2018 y que tenía por objeto dilucidar si Amazon utilizaba los datos de ventas de los comercios minoristas de su plataforma para realizar sus propios algoritmos acerca de los intereses comerciales y tendencias en el consumo.

Por su parte, Alemania también inicia sus propias acciones en 2020 de la mano de la autoridad de control de la competencia para ver si este uso de datos puede influir en los precios de los productos. En 2019, ya se produjo un acuerdo entre Amazon y Alemania por el que la corporación debía revisar los términos de servicio para los vendedores minoristas y no continuar con una investigación anti competencia.

⁹ Fuente: <https://www.businessinsider.es/comision-europea-investiga-amazon-practicas-anticompetitivas-752555>

Otro de los casos que más ruido ha hecho en este ámbito, surge a partir del estudio publicado por la empresa Thomson Reuters, con sede en Reino Unido. Se trata de una empresa de información, cuya actividad principal es facilitar información a medios de comunicación y mercados financieros.

A finales del 2021, Reuters publica un artículo en el que acusa a Amazon de copiar productos de otras marcas vendidas en su plataforma y posicionarlos en primera línea en su Marketplace. Lo destacable de esta investigación es que han recopilado y filtrado documentos internos de la compañía de 2016 (correos electrónicos, documentos de estrategia de negocio, business plans...) que prueban que Amazon ha llevado a cabo prácticas anticompetitivas y planificadas minuciosamente que perjudican a otros negocios en India.

Exactamente se le acusa de haber explotado los datos internos de los que dispone la compañía sobre la búsqueda y las compras de diferentes productos en su sitio web (supuestamente protegidos por el secreto comercial), para copiarlos bajo su propia marca y posteriormente manipular el orden en el que aparecen expuestos en su buscador interno, siempre situando en primer lugar sus productos propios. Amazon comenzaba identificando productos de referencia y se basaba en ellos para crear nuevas versiones de los mismos bajo su propia marca.

Esta realidad estaba tan extendida que Amazon creó una nueva línea de negocio paralela, llamada Solimo. Su función era exclusivamente explotar los datos internos Amazon.in para llevar a cabo una planificación de la fabricación y de la venta de nuevos productos. Si bien esta línea sólo estaba presente en India, los productos que surgieron de esta Solimo se comercializaban internacionalmente.

Una de las víctimas más directas de estas prácticas fue la empresa de moda holandesa John Miller Shirts. En Solimo investigaron las búsquedas de las características más demandadas de diferentes camisetas: tamaños de cuello, de manga, anchura y largura... De esta manera la marca de camisetas *Xessential* de Amazon consiguió crear la camiseta con mayor aceptación entre todos sus clientes.

2.3. España

A nivel nacional, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia¹⁰ inició un expediente sancionador conjunto contra Apple y Amazon en 2021, por supuestas prácticas restrictivas de la competencia.

El informe agrupa las conductas en los siguientes puntos:

- Acuerdo en la restricción comercial en la página web de Amazon España.
- Afecta a la venta minorista de productos de Apple y a la publicidad de los competidores.
- Estas actuaciones supondrían una reducción de la competencia en el mercado de venta minorista por Internet.
- Supondrían un refuerzo de la posición de Amazon en el área de prestación de servicios de comercialización a terceros vendedores minoristas que operan en el Marketplace de España.

La CNMC alega en su informe que tiene acceso a información donde se detalla que existen indicios claros de la vulneración por parte de Amazon y Apple del artículo 1¹¹ de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia (LDC), así como del artículo 101¹² del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

De forma concreta, la conducta ilícita consiste en el acuerdo entre ambas empresas con la inclusión de ciertas restricciones en la página web de Amazon en España en relación a la venta de productos Apple por terceros, además de otras restricciones comerciales.

Estas conductas podrían suponer una restricción de la libre competencia en el sector del comercio electrónico de estos productos, así como en lo que respecta a la prestación de servicios de comercialización a empresas minoristas por medio del Marketplace.

¹⁰ Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/3723177_995.pdf

¹¹ Art. 1. Conductas colusorias.

1. 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 particular, los que consistan en:

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
- d) 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.

¹² Art. 101 TFUE. Se prohíben los acuerdos entre empresas que puedan afectar al comercio entre los EEMM y que tengan por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia del mercado interior.

Este expediente continúa su trámite, ya que se inició en julio de 2021 y aún no se ha finalizado el período de instrucción que permite la CNMC, como máximo de 18 meses para su resolución.

Nos gustaría acabar este apartado con una reflexión y valoración al hilo de los precedentes comentados. Lo cierto es que hasta el momento la mayoría de las sanciones que se han impuesto a la compañía al respecto, han sido multas administrativas como causa de una normativa laxa hasta el momento. La fiscalía de EE. UU., a finales de 2021, continuaba con las investigaciones sin que exista demanda. En Europa sólo la Comisión ha multado a Google, con Amazon tras el informe de investigación de 2015, en 2017 se llegó a un acuerdo para eliminar ciertas prácticas. Es decir, de momento, siempre llegan a acuerdos previos a la vía jurisdiccional y evitan los juicios y sentencias antitrust.

3. Análisis Jurídico

3.1. Antecedentes del Marco normativo objeto de análisis: Derecho de la competencia. Breve referencia al Derecho de la sociedad de la información como antesala de la regulación digital.

3.1.1 Punto de partida

El derecho europeo tradicional sobre la competencia se fundaba en el resarcimiento del daño. Los actos y acuerdos que supongan una alteración probada a la entrada en el mercado de distintos competidores se denominan “*antitrust*”. Estas conductas se perciben como contrarios a la libertad de acceso al mercado. Por este motivo, el ordenamiento jurídico se encarga de su castigo por medio del Derecho Público antitrust y con normas sobre responsabilidad civil extracontractual.

El TJUE¹³ estableció un derecho que no se recogía en el Tratado inicial de la UE, por el que toda persona tiene derecho a obtener, según el Derecho nacional que le ampare, una

¹³ Fratea, C. Los primeros pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la aplicación privada del derecho de la competencia y sus reflejos sobre la competencia judicial en las acciones indemnizatorias en Europa. AEDIP, XVI, 2016, PP. 645-665.

reparación de naturaleza efectiva del daño causado a causa de la infracción del derecho de la competencia de la UE. También, el TJUE indicó que el procedimiento nacional se sometería a dos principios básicos del derecho de la Unión que son el de efectividad y el de equivalencia. Según el primero, el proceso no puede ser menos favorable para el demandante de lo que sería uno del mismo tipo en el supuesto de demandas de Derecho interno. Según el segundo, el procedimiento nacional que se prevea no puede resultar más dificultoso a la hora de obtener los derechos de los particulares¹⁴.

Con el devenir de los años se puso de manifiesto que las demandas por actos anticompetitivos y donde se reclamara una indemnización eran de escasa entidad. Considerando el inicio de las mismas con el *Caso Provimi*¹⁵ y hasta que entró en vigor la Directiva de daños antitrust de 2014¹⁶ se observó que la litigación en esta materia resultaba poco relevante en relación a EEUU, por ejemplo.

Esta Directiva que resulta de obligado cumplimiento supuso que los Estados miembros tuvieran que actualizar y desarrollar la normativa con relación a la defensa de la competencia. En concreto, en el caso español se realizó por medio del Real Decreto-ley 9/2017 de 26 mayo por el que se transponen Directivas de la UE en el ámbito financiero, mercantil y sanitario¹⁷.

Con esta Directiva se inicia una nueva era en cuanto a la aplicación privada del derecho antitrust europeo. La adaptación nacional ha supuesto una modificación cuantitativa y cualitativa, ya que ha permitido que se inicien múltiples procedimientos, debido también a una mayor sensibilización social acerca de estas prácticas y no tanto que hayan aumentado considerablemente las mismas.

3.3.2 Prácticas prohibidas

¹³ Fratea, C. Los primeros pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la aplicación privada del derecho de la competencia y sus reflejos sobre la competencia judicial en las acciones indemnizatorias en Europa. AEDIP, XVI, 2016, PP. 645-665.

¹⁴ Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J. El derecho internacional privado de la Unión Europea. Cuadernos de Derecho Transnacional, 2018. Vol. 10, nº2, pág. 8-100. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4374>

¹⁵ Bulst, F. The Provimi decisión of the High Court, 2003. Pp-640-650.

¹⁶ Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:32014L0104>

¹⁷ BOE nº16 de 27 mayo de 2017.

En relación a la normativa existente sobre prácticas concertadas¹⁸ y acuerdos entre empresas vamos a detenernos ahora en el artículo 101 TFUE. Éste se encarga de regular la prohibición de acuerdos y prácticas concertadas entre empresas o grupos de empresas y que puedan suponer un menoscabo en el comercio entre países europeos y se pretende evitar cualquier restricción o falseamiento de la competencia dentro del espacio del mercado único de la Unión Europea.

Por otro lado, el Reglamento nº 19/65/CEE permite a la Comisión Europea aplicar dicho artículo, en relación a determinadas categorías de acuerdos verticales o prácticas concertadas descritas en el mismo.

Se establecen una serie de condiciones que han de cumplirse para que la Comisión, con una consulta previa a las partes y al Comité Consultivo en materia de prácticas restrictivas y posiciones dominantes, adopte una determinada normativa que declare el artículo 101 como no aplicable, esto es, existen unas determinadas excepciones a la aplicación general del precepto.

El Reglamento de la Comisión precisa las categorías de acuerdos a los que puede aplicarse, además de disponer aquellas restricciones o cláusulas que no se pueden contener en ningún acuerdo. Estas mismas disposiciones serán de aplicación según lo que afecte a los términos de prácticas concertadas. En el Reglamento también se podrán recoger aquellas condiciones que supongan una exclusión de su aplicación en determinados supuestos.

3.3.3 Perjuicios perseguidos

Centrémonos ahora en la regulación relativa a los “daños” a proteger y paliar y como se ha enfocado esta cuestión en sede europea. Así, los actos que restringen la competencia se imputan a las empresas y pueden ser susceptibles de causar ciertos daños a otras y también a los consumidores. Esto resulta tan normalizado que existe hasta la denominada presunción legal de daños¹⁹. La carga de la prueba recae sobre aquel que alegue que el acuerdo colusorio no ha producido daños, que se traducen como norma general en una pérdida de ingresos o en un aumento de precios.

¹⁸ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/eu-rules-on-concerted-practices-and-agreements-between-companies.html>

¹⁹ Art. 76.3 LDC

La Directiva 2014/104/UE expone tres conceptos principales: el derecho al pleno resarcimiento “deberá devolver a una persona que haya sufrido un perjuicio a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción del derecho de la competencia”²⁰. Por otro lado, este derecho incluye la indemnización por daño emergente y el lucro cesante como pueda ser el pago de intereses²¹. Por último, el daño que se produce por el abuso de una empresa con posición dominante corresponde a la “diferencia entre el precio realmente pagado y el precio que habría prevalecido de no haberse cometido una infracción del derecho de la competencia”²².

3.3.4 Cuestiones competenciales

Los hechos que limitan la competencia poseen su origen en un acto unilateral o plurilateral, denominándose abusos de posición dominante o acuerdos colusorios que suponen el consentimiento o acuerdo entre empresas, es lo que la normativa entiende como cártel.

Las cuestiones principales del Derecho Internacional Privado se pueden dividir en *forum e ius*. Así, cuando una persona desea hacer valer su derecho a la reparación de daños habrá que tener en cuenta ante qué tribunal debe litigar y, por otro lado, qué legislación estatal será de aplicación.

Aquí entran en juego dos Reglamentos Europeos, el Bruselas I-bis y el de Roma, ya que la Directiva antitrust no ha creado un marco jurídico uniforme, sino que dota de una base sobre la que aplicar el derecho.

El Reglamento Bruselas I -bis y el Reglamento Roma II se aplican en algunas acciones por daños anticompetitivos, donde el demandante es el encargado de alegar y probar tres requerimientos como son: que se haya sufrido un daño, que éste sea causa de una infracción del Derecho antitrust y que se pueda calificar como un daño anticompetitivo.

Esto se puede probar en las acciones que se interponen después de una decisión administrativa firme y previa donde se afirme que existe un ilícito a priori; en el resto de las acciones anticompetitivas la ausencia de decisión administrativa previa firme se puede suplir

²⁰ Art. 3.2 Directiva 2014/104/UE

²¹ Considerando 12 Directiva 2014/104/UE.

²² Art. 2.20 Directiva 2014/104/UE.

por aquella probatoria del demandante que se dirija a acreditar que el hecho que genera el daño engloba las características de un hecho ilícito anticompetitivo²³.

De esta forma se entiende que los tribunales nieguen demandas para obtener la reparación, debido al perjuicio causado, en aquellos casos en que los jueces de instancia no motivan de forma adecuada una decisión.

Otra cuestión a dilucidar es si los tribunales de los Estados miembros de la UE poseen jurisdicción o no. El derecho de la UE establece algunos límites a la competencia legal de los tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

En el supuesto de acciones para el resarcimiento de daños causados por infracción de normas del derecho antitrust puede suceder que un tribunal establezca que carece de jurisdicción o se declare incompetente según lo previsto en el artículo 101 TFUE y en relación a los límites territoriales.

3.3.5. Derecho de la sociedad de la información

Por su impacto directo con cualquier normativa del entorno digital que se publicara con posterioridad a la misma vemos importante mencionar la normativa de la sociedad de la información y que es el marco normativo de referencia en materia de comercio electrónico.

Esta Directiva no supuso una uniformidad en el derecho europeo, sino que inicia las bases para la creación de un marco general basado en la flexibilidad, de ahí que haya perdurado hasta la actualidad. La no se impone como objetivo el establecimiento de reglas accesorias en el derecho privado, lo que se traduce en una mayor libertad para los Estados a la hora de la transposición.

Presentó como novedades destacables la garantía en el acceso a la información en materia de identidad del proveedor, precio o descripción del servicio. Además, insiste en la obligación de facilitar la identificación del prestador y que el proceso se realice de forma más transparente.

Se entienden comprendidos en su ámbito de aplicación tanto los servicios de la sociedad de la información (tales como, contratación de bienes o servicios por vía electrónica, organización y gestión de subastas por medios electrónicos, envío de comunicaciones

²³ Calvo- Caravaca, A. y Carrascosa, J. El derecho internacional privado de la Unión Europea.

comerciales, etc.), como la prestación de servicios de intermediación (acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, etc.).

Juntamente con las obligaciones aplicables a los mencionados prestadores de servicios, la norma incluyó un régimen de regulación de los contratos electrónicos y el envío de comunicaciones comerciales por medios electrónicos.

3.2 La normativa Digital

Como se ha comentado, la UE tuvo que afrontar los rápidos cambios en los mercados derivados del exponencial crecimiento del E.Commerce y la transformación digital tales como, aparición de empresas con posición preponderante, cambio en las fórmulas de pago, compras y entregas transfronterizas, respeto a la privacidad, etc. Fruto de esta transformación se han venido aprobando numerosas normativas de ámbito europeo y, según los casos, con desarrollos normativos nacionales posteriores. Nos centraremos en dos de ellas.

Ante el panorama jurídico anteriormente descrito y con el auge del comercio electrónico se hacía necesario una regulación más específica y concreta que se encargara de este sector económico y que permita proporcionar una mayor seguridad jurídica en el entorno. No sólo es necesario hacer alusión a las circunstancias geopolíticas, sino que no se puede obviar la situación real del mercado interior europeo, con cada vez más presión por resultar competitivo frente a otros como el asiático o americano.

En relación y como resultado de lo anterior, recientemente y, como anticipábamos en la sección introductoria, se han publicado dos textos legislativos de enorme calado y destinados, no solo a regular la transformación digital como un fenómeno necesitado de un marco normativo que establezca sus parámetros, sino también para proteger a los ciudadanos y determinados operadores más vulnerables de los posibles perjuicios que los fuertes posicionamientos de ciertas compañías tecnológicas puedan causarles. Con este paquete se buscaba crear un espacio digital más seguro en el que se protejan los derechos fundamentales de los usuarios y se establezcan unas condiciones equitativas para las empresas²⁴.

²⁴ Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/digital-services-package/>

Nos referimos por supuesto por un lado a la LSD y, principalmente a la LMD y que es la norma objeto de este trabajo por su impacto más directo y amplio sobre Amazon. Por ello, comentaremos brevemente sobre la primera para centrarnos con más detalle en la LMD. Mientras la LSD garantiza el acceso de los usuarios a productos y servicios seguros en línea y fomenta la difusión de información fiable, protegiendo los derechos fundamentales en línea, la LMD regula la influencia de las empresas guardianas de acceso “gatekeepers” y promueve la competitividad libre y justa en el mercado digital.

3.2.1. La LSD

La Comisión emitió en el año 2020 el informe *'Shaping Europe's digital future'* que prometía la creación de *"nuevas y revisadas reglas para profundizar el mercado interno de los servicios digitales, aumentando y armonizando las responsabilidades de las plataformas online y reforzando la supervisión de las políticas de contenido en la UE"*.

La LSD está destinada a la creación de un ecosistema digital más seguro para ciudadanos y empresas digitales mediante la protección de los derechos fundamentales en el entorno del E-Commerce. Si bien el impacto sobre Amazon es menor que el de la LMD en tanto que empresa tecnológica de relevancia y destinataria por tanto también de esta ley hay varios aspectos que le afectan y muy directamente. Pasamos por tanto a continuación a indicar cuál es su ámbito de aplicación para pasar a enumerar posteriormente sus disposiciones más relevantes.

En cuanto a quién y a qué aplica es importante tener en cuenta que, según se indica en uno de los trabajos previos, abarcaría redes sociales, servicios de economía colaborativa, motores de búsqueda, la publicidad en E-Commerce, Cloud, Wifi, los servicios de mensajería, las tiendas en Apps, comparadores, inteligencia artificial, canales de contenidos y los servicios de nombres de dominio. Esta norma por tanto afectará a las grandes tecnológicas como Google, Amazon, Meta y Apple, Además aplicará a cualquier servicio digital, aunque no sea de los indicados siempre que realice operaciones de E-Commerce en el ámbito de la UE. Centrándonos en Amazon vemos que, como resultado de su estrategia de diversificación, se vería especialmente afectado por operar en varias de las categorías anteriormente citadas; sirva como ejemplo su negocio de Cloud (*Amazon Web Services*), el uso de inteligencia artificial o la explotación de contenidos.

La LSD contiene disposiciones destinadas a controlar y frenar la publicación de contenidos ilícitos y para ello, hace responsables a las plataformas de lo que en ellas esté

disponible. Se exigirá a empresas digitales una mayor responsabilidad sobre el contenido publicado y especialmente sobre contenidos ilícitos o potencialmente nocivos para los usuarios, así como sobre la desinformación.

Se establece una obligación de especial transparencia, en relación con el big data y el uso de algoritmos. Sobre este aspecto incide en la facultad de supervisión de las autoridades de la UE. Además, los usuarios tendrán más capacidad de control sobre los datos e información que comparten con dichas plataformas. En relación con este control sobre uso de algoritmos la norma establece la obligación de información a usuarios del motivo detrás de que reciban determinadas publicidades o recomendaciones y que éste entienda por tanto claramente el funcionamiento y operativa de dichas recomendaciones y los motivos concretos que justifican su envío y recepción.

En cuanto al control de datos se genera una regulación estricta sobre la recogida de datos y la limitación de segmentación publicitaria para dar mayor control a los usuarios sobre sus datos y en cualquier caso se prohibirá el uso de datos sensibles (raza, orientación sexual, ideología política, religión...).

En concreto, un aspecto que va a afectar directamente a Amazon es el relativo a los denominados “patrones oscuros” y que es el uso de técnicas dudosas que condicionan al usuario a la hora de adquirir un producto, como pueda ser establecer un procedimiento arduo para dar de baja un determinado servicio o la práctica habitual de incluir “sólo queda 1 en stock” cuando no se corresponda con la realidad.

Otra novedad importante y con especial impacto en Amazon es la relativa a la libertad del usuario a la hora de poder usar la plataforma sin que sus datos se rastreen mientras navega por el sitio o que se analice cuál es el recorrido que se realiza después.

3.2.2. La LMD

3.2.2.a Algunos antecedentes: la problemática de la situación de preponderancia de las plataformas

El comercio electrónico ha supuesto retos importantísimos para el sector, como los efectos en la red, que han permitido el fortalecimiento de las grandes plataformas, que no hay que olvidar se erigen como ejes centrales en la economía digital actual, con su importante función de intermediarios entre empresas y consumidores finales.

Es esta ventaja de carácter desproporcionado la que les permite encontrarse en una posición de dominio frente al resto de competidores. Esto deriva realmente en un problema porque se permite, de forma implícita, la comisión de prácticas anticompetitivas llegando incluso a situaciones de monopolio que alteran la eficiencia del mercado.

La aparición de las grandes plataformas tuvo lugar debido al auge y efectos cada vez más fuertes de la red, que se llegan a integrar en propios ecosistemas de plataformas y que se alzan como ejes centrales para la economía digital, sirviendo de intermediario en la mayoría de las transacciones entre los usuarios finales y los que se dedican a este mercado de forma profesional. Múltiples empresas de esta categoría además se dedican al rastreo de forma amplia y también elaboran perfiles sobre los usuarios finales. Otras plataformas grandes proceden cada vez más como “guardianes de acceso” entre aquellos usuarios profesionales y usuarios finales y gozan de una posición duradera, a menudo debido a la creación de ecosistemas de conglomerados en torno a sus servicios de plataformas básicas.

Las prácticas desleales y la falta de disputabilidad han sido uno de los factores que han impulsado esta nueva legislación, ya que se está llegando a un nivel alto de ineficiencia en mercado que conlleva precios más altos, con una calidad de menor entidad y menos opciones e innovación que perjudica a los consumidores europeos, de forma directa.

Estas prácticas son más habituales de lo que se piensa y se dan de forma más intensa en unos sectores que en otros. Así sucede, por ejemplo, con los servicios e infraestructuras digitales que son de uso común y que de forma general son intermediarios directos entre empresas y usuarios finales. La experiencia en materia de aplicación de las normas de competencia de la UE, varios informes y estudios de expertos y los resultados de la consulta pública abierta suponen ya que existen una serie de servicios digitales que agrupan distintas características que pasamos a definir.

En primer lugar, aquellos servicios de plataformas básicas que resulten de muy alta concentración, donde normalmente uno o un número reducido de grandes plataformas son las que establecen determinadas condiciones comerciales con un alto poder de influencia y autonomía. Por otro lado, se encuentran las plataformas grandes, pero de menor número que utilizan de forma indebida dando lugar a que las demás empresas y clientes que dependen económicamente reciben un trato diferenciado y quizá algo injusto. Por tanto, la proposición se limita a unos determinados servicios de plataformas básicas donde los problemas identificados resultan más evidentes y en los que además la presencia de un número limitado de grandes plataformas en línea provoca en mayor o menor medida esa disputabilidad de los mercados en los que interfieren.

3.2.2.b. La LMD y Amazon

Su principal fundamento y finalidad es tratar de equipar la situación en el mercado de todas las entidades con independencia de su volumen o relevancia. Así, sus objetivos pasan por el principio de proporcionalidad, favoreciendo la innovación, competitividad, a la vez que permite la expansión de plataformas minoristas de menor entidad, así como empresas emergentes. Se establece así un equilibrio entre administración pública, plataformas y usuarios en cuanto a las responsabilidades basadas en los valores europeos y poniendo como centro al ciudadano frente al interés meramente económico.

3.2.2.c. Ámbito de aplicación: especial relevancia del concepto de guardián de acceso (*gatekeepers*)

El ámbito de aplicación de la Ley se centra en el concepto del *gatekeeper* y se aplicará por tanto a las empresas que cumplan con varios requisitos cumulativos que supongan que se les considere como tales. Por un lado, que se trate de entidades que presten uno de los servicios siguientes: los servicios de intermediación en línea (tiendas de aplicaciones, servicios de intermediación en sectores como el energético), motores de búsqueda en línea, redes sociales, plataformas de intercambio de videos, servicios de comunicación electrónica, sistemas operativos, servicios en la nube y de publicidad y navegadores web y asistentes de voz²⁵.

Por otro lado, tendrán que cumplir con estos tres requisitos:

- tener una repercusión significativa en el mercado interior: volumen de negocios anual en el EEE igual o superior a 7.500 millones de euros, o cuando la capitalización bursátil media o el valor justo de mercado equivalente de la empresa ascienda como mínimo a 75.000 millones en el último ejercicio, y preste un servicio básico de plataforma en al menos tres Estados miembros.
- operar un servicio básico de plataforma que sirva como puerta de acceso importante para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales; que cuente con más de 45 millones de usuarios finales activos mensuales establecidos o situados en la Unión y más de 10.000 usuarios profesionales activos anuales establecidos en la Unión en el último ejercicio; y,

²⁵ Sikken, A. 2022.

- tener una posición afianzada y duradera en el mercado. En esencia cumplir los dos puntos anteriores.

Como se ve, para garantizar que las normas previstas en la LMD sean proporcionadas, las pymes quedan exentas, salvo casos excepcionales, de la calificación de guardián de acceso. Con el fin de asegurar el carácter progresivo de estas obligaciones, se ha previsto también una categoría de «guardián de acceso emergente», que permitirá a la Comisión imponer determinadas obligaciones a las empresas cuya posición competitiva esté demostrada pero aún no sea duradera.

3.2.2.d. Principales disposiciones y su afectación a Amazon

En nuestra opinión, Amazon cumple los criterios señalados y, de hecho, en varias de sus líneas de negocio. En consecuencia, la futura actuación Amazon estará sujeta a una serie de obligaciones y prohibiciones. Considerando su operativa concreta, destacamos las siguientes:

- abstenerse de utilizar, en competencia con los usuarios profesionales, cualquier dato que no sea públicamente accesible y generado a través de las actividades de dichos usuarios profesionales;
- permitir a los usuarios finales desinstalar cualquier programa de aplicación preinstalado en su servicio de plataforma básico siempre que no sean esenciales para el funcionamiento del sistema operativo o el dispositivo y que no puedan ser ofrecidos por terceros;
- garantizar la interoperabilidad del hardware y el software con los de terceros;
- proporcionar una portabilidad efectiva de los datos generados a través de la actividad de los usuarios profesionales o usuarios finales;
- no clasificar sus propios servicios o servicios de manera más ventajosa en comparación con productos similares de terceros;
- abstenerse de rastrear a los usuarios finales del servicio de la plataforma principal con la finalidad de realizar publicidad dirigida sin que éstos hayan prestado su consentimiento; etc.

3.2.2.e. Régimen sancionador

Posibilidad de multas de hasta el 10% del volumen de negocios anual total de la empresa a nivel mundial o del 20% en caso de infracciones reiteradas y sanciones periódicas de hasta el 5% del volumen de negocios medio diario a nivel mundial de la empresa.

3.2.2.f. Entrada en vigor y aplicación

El acuerdo político alcanzado está pendiente de aprobación formal. La LMD entrará en vigor 20 días después de su publicación en el Diario Oficial de la UE y los gatekeepers y, por ende, Amazon tendrán que cumplir con las obligaciones de la misma en un plazo máximo de 6 meses a partir de su designación como tal.

CONCLUSIONES

Una vez visto y analizado el modelo empresarial de Amazon podemos afirmar que en líneas generales por un lado es un modelo generado a gran escala que ha permitido afianzar a pequeños vendedores y poner al alcance de la mano millones de productos y bienes a usuarios que a priori no tenían esa opción pero, por otro, ha generado ciertas preocupaciones respecto del posible abuso respecto de usuarios y proveedores que su posición de liderazgo pueda implicar. Así, ese crecimiento exponencial que le ha colocado en una posición de dominio del mercado le ha permitido realizar y funcionar de una forma que puede calificarse como anticompetitiva, aunque no necesariamente haya incumplido la normativa. Simplemente se ha dedicado a hacer lo que el vacío legal existente le ha permitido.

Ante esta situación, la Comisión Europea en línea con los objetivos y valores planteados desde un inicio se ha dado cuenta de la necesidad de limitar de algún modo la actuación de las grandes plataformas ante la situación del mercado europeo y en previsión del aumento del comercio digital a nivel global.

La UE ha visto necesario encontrar un equilibrio entre economía, libre competencia y defensa de los usuarios, porque todos los elementos son fundamentales y complementarios. Se trata de evitar que se formen monopolios, aunque sea de forma indirecta que puedan repercutir en aumento de precios, bajada de calidad o prácticas de abuso de posición dominante respecto de los competidores.

La función de la Comisaría de Competencia se ha centrado en hacer velar ese cumplimiento anti-trust, a veces sin éxito, debido a la limitación existente con la actual normativa. Lo que se pretende con la nueva norma es regularizar las posibles prácticas colusorias con la libre competencia y facilitar los procedimientos de denuncia y sanción, para que no se dilate en años de forma innecesaria.

Fruto de todo lo anterior la normativa digital y, en particular, la LMA, establece disposiciones aplicables a las plataformas que actúen como «gatekeepers» en el sector digital (como es el caso de Amazon) y tiene por objeto evitar que impongan condiciones injustas a las empresas y los usuarios finales y garantizar el carácter abierto de determinados servicios digitales. Además, permitirá a la Comisión realizar investigaciones de mercado y sancionar determinados comportamientos. Entre otras cuestiones, Amazon verá como su operativa se verá afectada por ciertas disposiciones y prohibiciones contenidas tanto en la LSD, pero principalmente en la LMD y que han sido objeto de análisis y enumeración en el presente trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

Artículos:

Aditya K. and Steve S. (2021), The Imitation Game. <https://www.reuters.com/investigates/special-report/amazon-india-rigging/>

Barceló, J. M. (2021). Los guardianes de acceso y la dudosa necesidad de la propuesta de ley de mercados digitales: especial referencia a las concentraciones económicas. *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, (28), 4.

Bulst, F. The Provim decision of the High Court, 2003. Pp-640-650.

Calvo-Caravaca, A. y Carrascosa González, J. El derecho internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos.

De Miguel Asensio, P. A. (2021). Servicios y mercados digitales: modernización del régimen de responsabilidad y nuevas obligaciones de los intermediarios. *La Ley Unión Europea*, (88).

Fratea, C. Los primeros pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la aplicación privada del derecho de la competencia y sus reflejos sobre la competencia judicial en las acciones indemnizatorias en Europa. *AEDIP*, XVI, 2016, PP. 645-665.

Hermida, A. J. T. (2021). Decálogo de la Ley Europea de Servicios Digitales: La adaptación de las normas de derecho mercantil y civil a las entidades comerciales que operan en línea. *Diario La Ley*, (9973), 1.

Nadler, J. Investigation of Competition in digital markets. Disponible en: https://fm.cnbc.com/applications/cnbc.com/resources/editorialfiles/2020/10/06/investigation_of_competition_in_digital_markets_majority_staff_report_and_recommendations.pdf

Tamayo Velasco, B. J. (2021). Los retos de la Economía Digital y la propuesta de “Ley de Mercados Digitales” de la Unión Europea.

Legislación:

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>

Reglamento (CE) no 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»). Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2007/199/L00040-00049.pdf>

Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I -bis). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32001R0044>

Ley de Mercados Digitales. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020PC0842&from=es>

Ley de Servicios Digitales: para un entorno seguro y responsable. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_es

La nueva ley de Mercados Digitales, un cambio de reglas de juego en Internet. Disponible en: <https://equipoeuropa.org/la-nueva-ley-de-mercados-digitales-un-cambio-en-las-reglas-de-juego-en-internet/>

Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0031>

Corrección de errores de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2021/158/L00024-00024.pdf>

Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea Texto pertinente a efectos del EEE (Directiva Antitrust). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2014-83627>

Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2017/05/27/pdfs/BOE-A-2017-5855.pdf>

Reglamento nº 19/65/CEE del Consejo, de 2 de marzo de 1965, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/1965/036/X00533-00535.pdf>

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12946>.

