

## Sentencia del Tribunal General (Sala 6.ª ampliada), de 14 de septiembre de 2022. Google LLC y Alphabet, Inc. contra Comisión Europea (Google Android) Asunto T-604/18 [ECLI:EU:T:2022:541]

### **DEFENSA DE LA COMPETENCIA. ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO MEDIANTE IMPOSICIÓN DE RESTRICCIONES EN ACUERDOS SOBRE SERVICIOS DIGITALES**

La sentencia de 14 de septiembre de 2022 del Tribunal General de la Unión Europea (TGUE) resuelve un recurso interpuesto el 9 de octubre de 2018 por Google LLC y Alphabet, Inc. (de la que Google LLC es filial), en el que se solicitaba la anulación de la Decisión de la Comisión Europea de 18 de julio de 2018 (asunto COMP/AT.40099 — Google Android); con carácter subsidiario, ambas sociedades (en adelante, Google) solicitaban la anulación o reducción, en ejercicio de la competencia jurisdiccional plena del TGUE, de la multa impuesta a las partes demandantes y, en cualquier caso, la condena a la Comisión Europea de cargar con las costas y gastos causados por las partes demandantes en relación con el procedimiento correspondiente.

En la resolución recurrida la Comisión, además de ordenar la cesación de la conducta, impuso una sanción récord a Google (4.343 millones de euros), como consecuencia del abuso de posición dominante realizado mediante la imposición de restricciones contractuales a los fabricantes de dispositivos móviles Android y a los operadores de redes móviles con el propósito de consolidar la posición dominante de su motor de búsqueda, y con base en los artículos 102 TFUE y 54 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Desde la incoación del procedimiento (15 de abril de 2015) y la STGUE que se comenta (14 de septiembre de 2022) han transcurrido más de 7 años.

Más concretamente, la Comisión sancionó tres tipos de restricciones contractuales impuestas por Google, consideradas en conjunto como «infracción única y continuada»: a) las incluidas en sus acuerdos de distribución de aplicaciones móviles, donde Google requería que los fabricantes de dispositivos preinstalaran sus aplicaciones de búsqueda general (Google Search) y navegador (Google Chrome) como condición para obtener la licencia de la tienda de aplicaciones de Google (Play Store); b) las incluidas en sus «acuerdos contra la fragmentación», por los que los fabricantes de dispositivos que deseaban preinstalar aplicaciones de Google no podían vender ni un solo dispositivo en versiones alternativas de Android que no estuvieran aprobadas por Google; y c) las incluidas en los «acuerdos de reparto de ingresos», en los que la distribución de un porcentaje de los ingresos por publicidad de Google dependía de que los fabricantes de dispositivos y operadores de redes móviles no preinstalaran ningún producto general de la competencia en ningún dispositivo dentro de una cartera acordada. Según la Comisión Europea, el objetivo de estas restricciones contractuales

era proteger y reforzar la posición dominante de Google en los servicios de búsqueda en línea en un momento en que la importancia de Internet móvil estaba creciendo significativamente. Esta conducta aseguraba que los usuarios utilizaran su motor de búsqueda, lo que garantizaba los ingresos publicitarios correspondientes.

Entre las cuestiones más interesantes aportadas por esta extensa STGUE, de 1116 apartados, destacan las siguientes:

A) La definición del mercado relevante. En la STGUE que comentamos Google impugna, por separado, la definición del propio mercado y su posición en el mismo. Como es sabido, con anterioridad a la determinación de posición de dominio resulta imprescindible delimitar el mercado afectado, aunque su definición no siempre es objeto de recurso. Tradicionalmente, para su delimitación se ha exigido por parte de autoridades de competencia y tribunales la concreción, en primer lugar, del mercado de productos/servicios y, en segundo lugar, su ámbito geográfico.

Sin obviar la extensa jurisprudencia del Tribunal de Justicia al respecto, la STGUE considera que en el caso de mercados propios de la economía digital es necesario «un examen más detallado, que va más allá de la mera segmentación en mercados, a fin de comprender mejor y evaluar las presiones competitivas que prevalecen en esos mercados y la posición de fortaleza económica de la que goza la empresa en cuestión». En este contexto digital los parámetros tradicionales —como el precio de productos o servicios o la cuota de mercado de la empresa en cuestión— pueden ser menos importantes que otras variables, como la innovación, el acceso a los datos, la multiplicidad, el comportamiento del usuario o los efectos de red.

Sobre esta base el TGUE confirmó los cuatro mercados de referencia identificados por la Comisión: i) el mercado mundial (excluida China) para la concesión de licencias de sistemas operativos de dispositivos móviles inteligentes; (ii) el mercado mundial (excepto China) para las tiendas de aplicaciones de Android; (iii) los diversos mercados nacionales, dentro del EEE, para la prestación de servicios generales de búsqueda; y (iv) el mercado mundial de navegadores de Internet no específicos diseñados para uso móvil.

B) La posición de dominio. La Comisión constató que Google ocupaba una posición de dominio en los tres primeros mercados de referencia citados supra. Sin embargo, los demandantes realizaron alegaciones en relación con la situación en cada uno de los mismos.

Sobre su situación en el primer mercado —concesión de licencias— alegaron que la presión competitiva de los sistemas operativos no sujetos a licencia —en particular el iOS de Apple— fue evaluada erróneamente, al igual que la presión competitiva ejercida por la naturaleza de código abierto de Android —la licencia AOSP—, que cubre las funciones básicas de un sistema operativo, pero no las aplicaciones de Android («apps») y los servicios propiedad de Google.

En relación con la presión de los sistemas operativos sin licencia, se reprocha a la Comisión ignorar la competencia de Apple en lo que respecta a los usuarios y

desarrolladores de aplicaciones, tanto en relación con la definición del mercado de los sistemas operativos sujetos a licencia como al evaluar su poder en dicho mercado. Los motivos esgrimidos por Google fueron variados, destacando las acusaciones a la Comisión de desestimar erróneamente pruebas de la presión competitiva ejercida por Apple; de no tener en cuenta los principios establecidos en la sentencia de 22 de octubre de 2002, *Schneider Electric/Comisión* (T-310/01, EU:T:2002:254) —que preveía la competencia de empresas integradas verticalmente—; de subestimar el impacto del deterioro de la calidad de Android al evaluar incorrectamente la sensibilidad de los usuarios a la calidad del sistema operativo; la importancia de la política de precios de Apple; los costes de cambiar a otro sistema operativo; la lealtad de los usuarios a su sistema operativo, y el comportamiento de los desarrolladores de aplicaciones. Todas estas alegaciones son, sin embargo, desestimadas por el TGUE (vid. apartados 143-222).

Respecto a la presión competitiva ejercida por la naturaleza de código abierto de la licencia AOSP, el TGUE considera que la Comisión concluyó acertadamente que tal código no constituía una presión competitiva suficiente para contrarrestar la posición dominante de Google en el mercado de los sistemas operativos sujetos a licencia.

La consideración de la posición de dominio en el segundo mercado —tiendas de aplicaciones de Android— también es recurrida por Google. Al respecto, la Decisión de la Comisión Europea concluyó que, en el mercado de las tiendas de aplicaciones de Android, Google ocupaba una posición dominante con Play Store, basándose, entre otros aspectos, en sus cuotas de mercado, la cantidad y popularidad de las aplicaciones descargables, la obligación de utilizar Play Store para obtener los Servicios de Google Play, la existencia de barreras de entrada, la falta de poder de compra compensatorio de los fabricantes de equipos originales y la presión competitiva insuficiente de las tiendas de aplicaciones para los sistemas operativos móviles sin licencia. Google, por su parte, centró su alegación ante el TGUE en la intensidad de la presión competitiva de las tiendas de aplicaciones para los sistemas operativos móviles no sujetos a licencia. El TGUE, sin embargo, mantuvo las conclusiones de la Comisión Europea.

C) El carácter abusivo de las restricciones contenidas en los acuerdos de distribución de aplicaciones móviles. Recuérdese que una de las restricciones calificadas como abusivas por la Comisión fue requerir a los fabricantes de dispositivos que preinstalaran las aplicaciones de búsqueda general (Google Search) y navegador (Google Chrome) como condición para obtener la licencia de la tienda de aplicaciones de Google (Play Store). Según Google, la Comisión no demostró en su Decisión que dichas condiciones pudieran excluir la competencia, y destaca las posibilidades de preinstalar servicios rivales colocando otros íconos en la pantalla de inicio con igual o mayor visibilidad, así como de que los usuarios descarguen servicios de búsqueda o navegadores de la competencia. En refuerzo de sus argumentos, Google critica estos cinco aspectos de la resolución impugnada: i) no demuestra que las condiciones previas a la instalación creen un «sesgo de statu quo»; ii) ignora el hecho de que los acuerdos de distribución dejaron libres a los fabricantes para preinstalar rivales y configurarlos como

predeterminados; iii) ignora el hecho de que los rivales tenían otros medios efectivos para llegar a los usuarios; iv) no demuestra que los porcentajes de búsqueda y uso del navegador de Google fueran atribuibles a las condiciones previas a la instalación impugnadas; y v) no considera adecuadamente el contexto económico y legal completo al llegar a la conclusión de que las condiciones previas a la instalación brindaron a los rivales nuevas oportunidades, en lugar de excluirlas.

Tras la desestimación de estas alegaciones (vid. especialmente apartados 320-596), el TGUE aborda la afirmación de Google de que las condiciones de preinstalación están objetivamente justificadas, ya que le permiten proporcionar la plataforma Android de forma gratuita al garantizar que las aplicaciones generadoras de ingresos, Google Search y Chrome, no queden excluidas de la preinstalación. El TGUE hace referencia a la jurisprudencia que confirma que pueden existir justificaciones del comportamiento que pueda estar sujeto a la prohibición del artículo 102 TFUE y que corresponde a la empresa implicada demostrar, a tal efecto, que su conducta es objetivamente necesaria, o que el efecto de exclusión producido puede verse contrarrestado, incluso superado, por ventajas en términos de eficiencia que también benefician a los consumidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de marzo de 2012, *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, apartados 40 y 41; también sentencias *British Airways/Comisión*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, apartado 86, y *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, apartado 76). Sin embargo, en este caso el TGUE considera que Google no ha cumplido con su carga de la prueba respecto a la demostración de las justificaciones objetivas.

D) El carácter abusivo de las restricciones incluidas en los «acuerdos de reparto de ingresos». Recuérdese que Google hizo depender la distribución de un porcentaje de los ingresos por publicidad de que los fabricantes de dispositivos y operadores de redes móviles no preinstalaran ningún producto general de la competencia en ningún dispositivo dentro de una cartera acordada. Según la resolución impugnada, el propósito de estos acuerdos de reparto de ingresos basados en carteras era asegurar que Google tuviera el derecho exclusivo de preinstalar aplicaciones del servicio de búsqueda general en dispositivos móviles, lo que conduce a un resultado esencialmente idéntico al de los descuentos de «fidelidad» que fueron el tema central de la sentencia del 6 de septiembre de 2017, *Intel/Comisión* (C-413/14 P, UE:C:2017:632); en este caso, Google recompensa por garantizar que la búsqueda de Google esté preinstalada exclusivamente.

Ante esta realidad destacan los siguientes motivos de impugnación: i) no se tiene en cuenta la pequeña cuota de mercado cubierta por la práctica impugnada y su impacto insignificante; ii) el error de evaluar la posibilidad de que dichos acuerdos excluyan a rivales que hipotéticamente son al menos tan eficientes, en particular la capacidad de estos rivales para compensarlos; iii) la ignorancia de las condiciones para la concesión de los pagos en cuestión, lo que dejaba a los usuarios un acceso ilimitado a los rivales; y iv) la ausencia de una evaluación contrafáctica válida. Al analizar estos motivos, el TGUE detecta errores de motivación en la Decisión impugnada,

como la insuficiencia de la prueba del carácter significativo del acuerdo o la afirmación de que un competidor que hipotéticamente es al menos tan eficiente como Google podría, en dispositivos móviles, contestar solo el 12 % de las consultas de búsqueda realizadas por los usuarios a través de Google Search (para más detalle puede consultarse el apartado 798 de la STGUE). Estos errores implican la anulación de la Decisión impugnada, en la medida en que considera que los acuerdos de reparto de ingresos constituyen en sí mismos un abuso, sin que sea necesario examinar los argumentos de Google en relación con el acceso de los usuarios a los servicios de búsqueda generales competidores y la necesidad de una prueba contrafáctica.

E) El carácter abusivo de las restricciones incluidas en sus «acuerdos contra la fragmentación». Recuérdese que según estos acuerdos los fabricantes de dispositivos que deseaban preinstalar aplicaciones de Google no podían vender ni un solo dispositivo en versiones alternativas de Android que no estuvieran aprobadas por Google. Adviértase que la fragmentación, derivada principalmente de las sucesivas versiones de Android, puede mermar la funcionalidad y la seguridad. La Comisión considera que esta práctica es abusiva, al impedir el desarrollo y la presencia en el mercado de dispositivos que ejecutan una bifurcación de Android no compatible, aunque no cuestiona el derecho de Google a imponer requisitos de compatibilidad con respecto a los dispositivos en los que se instalan sus aplicaciones. El TGUE confirma la existencia de la práctica y su naturaleza anticompetitiva, ya que la misma privó a los competidores potenciales o existentes de Google de cualquier mercado, reforzando su posición dominante en los mercados de servicios generales de búsqueda y disuadiendo de la innovación. Además, considera que Google no demostró ni la existencia de un objetivo legítimo ni la producción de efectos favorables a la competencia.

F) Sobre el derecho de defensa. El quinto motivo de impugnación de Google se basó en la vulneración de su derecho de defensa, al no respetar, en primer lugar, su derecho a ser oída y, en segundo lugar, su derecho a acceder al expediente. El TGUE, tras realizar unas consideraciones generales sobre el derecho de defensa, considera que Google fue perjudicada, al no permitírsele realizar una audiencia oral, que hubiera proporcionado a la Comisión información que podría haber resuelto, por ejemplo, algunas de las ambigüedades en torno a la preparación de la «prueba del competidor tan eficiente» en una etapa anterior y discutirla directamente con la Comisión, que resulta muy relevante en este asunto. Por consiguiente, el TGUE decide anular la Decisión impugnada en la medida en que califica de abusivas las restricciones contenidas en los acuerdos de reparto de ingresos.

G) Sobre la resolución del recurso y su repercusión en el cálculo de la multa. De todas estas consideraciones se confirma el carácter abusivo de las restricciones incluidas en los acuerdos de distribución de aplicaciones móviles y en los «acuerdos contra la fragmentación». Sin embargo, el TGUE considera que en el análisis de las restricciones incluidas en los «acuerdos de reparto de ingresos» la Comisión vulneró el derecho de defensa y vició la Decisión impugnada con varios errores de apreciación. A pesar

de esto, se considera que los abusos confirmados formaban parte de una estrategia global destinada a anticipar el desarrollo de Internet móvil, preservando al mismo tiempo el modelo de negocio propio de Google, que se basa en los ingresos que obtiene esencialmente del uso de su servicio de búsqueda general.

Ante esta situación el TGUE, de acuerdo con su competencia jurisdiccional plena, aprecia la legalidad de la Decisión impugnada y analiza el carácter apropiado de la multa impuesta, para lo que tiene en cuenta las siguientes circunstancias: i) si la infracción se cometió de forma intencionada o negligente; ii) la consideración de la gravedad y duración de la infracción; iii) las circunstancias atenuantes o agravantes; iv) la cuantía de la multa y responsabilidad solidaria de Alphabet; v) la idoneidad de la pena; vi) si la sanción tiene un efecto suficientemente disuasorio habida cuenta del tamaño de la empresa; y vii) el cumplimiento del límite máximo del 10 % de la facturación total. Tras su análisis, y como conclusión, el TGUE decide modificar parte de la Decisión impugnada para que el importe de la multa impuesta a Google LLC por la infracción única y continuada a que se refiere su artículo 1, por la que Alphabet, Inc., es responsable solidario respecto del período comprendido entre el 2 de octubre de 2015 y la fecha de adopción de la decisión impugnada, se fije en 4.125 millones de euros. Respecto a las costas el TGUE resuelve que cada parte cargue con las suyas.

La STGUE constituye un último referente de la justicia europea en relación con la valoración antitrust de las conductas de empresas de la economía digital, que deberá, en su caso, confirmarse por el TJUE.

Fernando DE LA VEGA GARCÍA  
Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad de Murcia  
[flavega@um.es](mailto:flavega@um.es)