

## **El TJUE confirma la sanción a Google por abuso de posición dominante en el mercado de los teléfonos móviles, aunque rebaja en 217 millones el importe de la multa**

- 14-9-2022 | Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El Tribunal General del TJUE ha confirmado que Google / Alphabet abusó de su posición dominante en el mercado, por haber impuesto restricciones contractuales anticompetitivas a los fabricantes de dispositivos móviles y a los operadores de redes móviles. Sin embargo, aprecia también determinados vicios en el procedimiento que afectaron al ejercicio del derecho de defensa por la compañía de Mountain View.

### *Sentencia Tribunal General asunto Google*

**Carlos B Fernández.** El Tribunal General del TJUE ha confirmado que Google / Alphabet abusó de su posición dominante en el mercado, al haber impuesto restricciones contractuales anticompetitivas a los fabricantes de dispositivos móviles y a los operadores de redes móviles.

Por ello, en su sentencia de 14 de septiembre de 2022 (asunto T-604/18, Google y Alphabet/Comisión), confirma en sus principales términos la Decisión de la Comisión de 18 de julio de 2018 en el Asunto AT.40099 — Google Android, que declaró que la empresa norteamericana había impuesto restricciones ilegales 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, imponiéndole una sanción de 4.342 millones de euros. Sin embargo, el Tribunal, siguiendo un razonamiento que difiere en algunos puntos del de la Comisión, rebaja dicha sanción a 4.125 millones de euros.

El procedimiento se inició cuando distintas denuncias presentadas ante la Comisión a propósito de ciertas prácticas comerciales de Google en el ámbito del internet móvil llevaron a que esta incoara, el 15 de abril de 2015, un procedimiento contra Google en relación con Android.

Tras los trámites pertinentes, por la mencionada Decisión de 18 de julio de 2018, la Comisión sancionó a Google por haber abusado de su posición dominante al haber impuesto restricciones contractuales anticompetitivas a los fabricantes de

dispositivos móviles y a los operadores de redes móviles, algunas de las cuales se remontaban al 1 de enero de 2011.

Las restricciones objeto de la sanción fueron de tres tipos:

— Primero, las incorporadas en «acuerdos de distribución», que **obligan a los fabricantes de dispositivos móviles a preinstalar las aplicaciones de búsqueda general (Google Search) y de navegación (Chrome) para que Google les otorgue una licencia de explotación de su tienda de aplicaciones (Play Store).**

— Segundo, las incorporadas en «acuerdos contra la fragmentación», que condicionan la obtención de las licencias de explotación necesarias para la preinstalación de las aplicaciones Google Search y Play Store por parte de los fabricantes de dispositivos móviles al **compromiso de estos de abstenerse de vender dispositivos equipados con versiones del sistema operativo Android no autorizadas por Google.**

— Tercero, las incorporadas en «acuerdos de reparto de los ingresos», que supeditan la retrocesión de una parte de los ingresos publicitarios de Google a los fabricantes de dispositivos móviles y a los operadores de redes móviles en cuestión a que estos **se comprometan a renunciar a la preinstalación de un servicio de búsqueda general de la competencia en una cartera de dispositivos predeterminada.**

Según la Comisión, todas esas restricciones tenían como objetivo proteger y reforzar la posición dominante de Google en el ámbito de los servicios de búsqueda general y, en consecuencia, los ingresos obtenidos por esta empresa gracias a anuncios publicitarios asociados a tales búsquedas.

El objetivo común perseguido con las restricciones controvertidas y su interdependencia llevaron por tanto a la Comisión a calificarlas de infracción única y continuada del artículo 102 TFUE y del artículo 54 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE).

En consecuencia, la Comisión impuso a Google una multa de cerca de 4.343 millones de euros, la mayor multa jamás impuesta en Europa por una autoridad de la competencia.

En su sentencia, el Tribunal General desestima en lo esencial el recurso interpuesto por Google; limitándose a anular la decisión solo en tanto en cuanto

esta declara que los acuerdos de reparto de ingresos por cartera mencionados constituyen, en sí mismos, un abuso.

Además, y a la vista de las circunstancias particulares del asunto, el Tribunal también considera adecuado, en virtud de su competencia jurisdiccional plena, fijar el importe de la multa impuesta a Google en 4.125 millones de euros.

### **Apreciación del Tribunal General – Cuestiones de fondo**

En primer lugar, el Tribunal **confirma la posición de dominio de Google** en tres de los cuatro mercados de referencia (el de concesión de licencias de sistemas operativos móviles inteligentes; el de tiendas de aplicaciones para Android; los servicios de búsqueda general, y el mercado mundial de navegadores de Internet para dispositivos móviles no específicos para un sistema operativo). Una posición que no quedaba en tela de juicio por la presión competitiva indirecta ejercida en ese mismo mercado por el sistema operativo sin licencia ofrecido por Apple ni por la naturaleza abierta de la licencia de explotación del código fuente de Android.

A continuación, el Tribunal confirma la apreciación de la Comisión de que **las condiciones de preinstalación impuestas a los fabricantes de dispositivos móviles eran abusivas**. A este respecto, el Tribunal señala que, para acreditar la existencia de una importante ventaja competitiva conferida por las condiciones de preinstalación controvertidas, la Comisión consideró que tal preinstalación podía suscitar un «sesgo de statu quo», como resultado de la propensión de los usuarios a utilizar las aplicaciones de búsqueda y de navegación a su disposición, idónea para aumentar significativa y duraderamente la utilización del servicio en cuestión, sin que esa ventaja pueda compensarse por los competidores de Google. Según el Tribunal, ninguna de las críticas formuladas por Google desvirtúa el análisis expuesto por la Comisión sobre este punto.

Sin embargo, en segundo término, **el Tribunal General no comparte la opinión de la Comisión sobre el carácter abusivo de la condición de preinstalación única incluida en los acuerdos de reparto de los ingresos por cartera**, pues el análisis presentado por la Comisión a tal efecto se basaba esencialmente en dos elementos: por un lado, el examen de la cobertura de la práctica controvertida y, por otro, los resultados de la denominada prueba «del competidor igual de eficaz» («prueba AEC»), por su denominación en lengua

inglesa, As Efficient Competitor Test) que aplicó. Pues bien, en la medida en que la Comisión concluyó, respecto al primer elemento, que los acuerdos en cuestión cubrirían una «parte significativa» de los mercados nacionales de servicios de búsqueda general, independientemente del tipo de dispositivo utilizado, el Tribunal considera que tal constatación no queda corroborada por los elementos expuestos por la Comisión en la decisión impugnada. Y una insuficiencia análoga vicia, además, una de las premisas de la prueba AEC, a saber, la proporción de consultas de búsqueda contestable por un competidor hipotéticamente al menos tan eficaz cuya aplicación se hubiera preinstalado junto a Google Search. El Tribunal también aprecia diversos errores de razonamiento relacionados con la evaluación de variables esenciales de la prueba AEC aplicada por la Comisión, a saber, primero, la estimación de los costes atribuibles a tal competidor, segundo, la valoración de su capacidad para conseguir la preinstalación de su aplicación, y tercero, la estimación de los ingresos que podían obtenerse en función de la antigüedad de los dispositivos móviles en circulación. De ello se deduce que, tal como la llevó a cabo la Comisión, la prueba AEC no permite corroborar la constatación de un abuso resultante en sí mismo de los acuerdos de reparto de los ingresos por cartera, de modo que el Tribunal estima el motivo correspondiente.

En tercer término, en relación con **el carácter abusivo de las restricciones incorporadas en los acuerdos contra la fragmentación**, el Tribunal observa, con carácter preliminar, que la Comisión considera abusiva tal práctica, en tanto en cuanto pretende obstaculizar el desarrollo y la presencia en el mercado de dispositivos que funcionan con una bifurcación de Android no compatible [se trata, en este caso, de sistemas operativos desarrollados por terceros a partir del código fuente de Android divulgado por Google con licencia de explotación libre, que contiene los elementos básicos de tal sistema, pero no las aplicaciones y servicios de Android propiedad de Google. En este contexto, los acuerdos contra la fragmentación en cuestión definían una norma de referencia de compatibilidad mínima para la ejecución del código fuente de Android], sin por ello cuestionar el derecho de Google a imponer exigencias de compatibilidad referentes únicamente a los dispositivos en los que sus aplicaciones estén instaladas. Tras haber constatado la existencia material de la práctica en cuestión, el Tribunal entiende que la Comisión podía fundadamente admitir la capacidad de las bifurcaciones de Android no compatibles para ejercer una presión competitiva sobre Google. En tales circunstancias, a la luz de los elementos expuestos por

la Comisión, idóneos para acreditar el obstáculo al desarrollo y a la comercialización de productos competidores en el mercado de los sistemas operativos con licencia, esta pudo considerar, según el Tribunal, que la práctica en cuestión había llevado a que se reforzara la posición dominante de Google en el mercado de los servicios de búsqueda general, al tiempo que constituía un freno a la innovación, por cuanto había limitado la diversidad de ofertas accesibles para los usuarios.

### **Cuestiones procesales**

En cuanto a las cuestiones procesales invocadas por Google, el Tribunal examina el motivo basado en la vulneración del derecho de defensa, mediante el cual Google pretende que se declare, por una parte, la vulneración de su derecho de acceso al expediente y, por otra, la vulneración de su derecho a ser oída.

En su examen, en primer término, de la supuesta vulneración del **derecho de acceso al expediente**, el Tribunal señala, con carácter preliminar, que las objeciones de Google a este respecto se refieren al contenido de una serie de notas transmitidas por la Comisión en febrero 2018 a propósito de reuniones organizadas por esta última con terceros a lo largo de su investigación. **Dado que todas esas reuniones eran entrevistas para recabar información en relación con el objeto de la investigación**, en el sentido del artículo 19 del Reglamento n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos [101 TFUE y 102 TFUE], **incumbía a la Comisión velar por que se registraran adecuadamente a fin de que la empresa investigada, llegado el momento, pudiera tener conocimiento de ellas y ejercer su derecho de defensa.**

En el presente caso, el Tribunal constata el incumplimiento de las exigencias recordadas debido, por un lado, al tiempo transcurrido entre la celebración de las entrevistas y la transmisión de las notas correspondientes y, por otro lado, al carácter sumario de estas últimas. En cuanto a las consecuencias que se derivan de este vicio de procedimiento, el Tribunal recuerda, no obstante, que, según la jurisprudencia, solamente puede declararse una violación del derecho de defensa cuando se ha incurrido en tal vicio si la empresa afectada demuestra que habría podido defenderse mejor de no haberse incurrido en él. En el presente caso, el Tribunal considera sin embargo que de los elementos puestos

en su conocimiento o de los argumentos formulados a este respecto no resulta que se haya demostrado tal cosa.

Y en cuanto a la supuesta vulneración del **derecho a ser oída**, el Tribunal observa que las críticas de Google en este sentido constituyen el aspecto procedimental de las objeciones dirigidas a impugnar la validez de la declaración del carácter abusivo de determinados acuerdos de reparto de los ingresos, por cuanto se dirigen a impugnar la negativa a celebrar una audiencia sobre la prueba AEC aplicada en este contexto.

En este sentido, habida cuenta de que la Comisión adoptó tal negativa frente a Google pese a que le había remitido dos escritos de exposición de los hechos para completar sustancialmente el contenido y el alcance del planteamiento inicialmente expuesto en el pliego de cargos sobre este punto, sin adoptar, sin embargo, como habría debido hacer, un pliego de cargos adicional seguido de una audiencia, **el Tribunal considera que la Comisión violó el derecho de defensa de Google** y, por lo tanto, la privó de la oportunidad de defenderse mejor exponiendo sus argumentos en una audiencia.

El Tribunal añade que el interés en una audiencia es aún más evidente si se tienen en cuenta, en el presente caso, las insuficiencias constatadas en la realización de la prueba AEC por parte de la Comisión. En consecuencia, la constatación de la naturaleza abusiva de los acuerdos de reparto de los ingresos por cartera debe anularse también sobre esta base.

### **Fijación del importe de la multa**

Por último, en cuanto a su valoración autónoma del importe de la multa en el ejercicio de su competencia jurisdiccional plena, el Tribunal precisa, con carácter preliminar, que, si bien la decisión impugnada debe por tanto anularse parcialmente, en tanto en cuanto esta declara que los acuerdos de reparto de los ingresos por cartera son en sí mismos abusivos, **tal anulación parcial no afecta a la validez global de la declaración de infracción realizada, en la decisión impugnada**, en atención a los efectos de expulsión resultantes de otras prácticas abusivas llevadas a cabo por Google durante el período de infracción.

Sobre la base de su propia valoración de todas las circunstancias relativas a la sanción, el Tribunal estima que procede reformar la decisión impugnada a los

efectos de fijar el importe de la multa que ha de imponerse a Google por la infracción cometida en 4 125 millones de euros.

A tal fin, al igual que la Comisión, el Tribunal considera adecuado tomar en consideración el carácter deliberado de la aplicación de las prácticas infractoras y el valor de las ventas pertinentes realizadas por Google en el último año de su participación completa en la infracción.

En cambio, por lo que atañe a la consideración de la gravedad y de la duración de la infracción, el Tribunal estima adecuado, por las razones expuestas en la sentencia, tener en cuenta la evolución en el tiempo de los distintos aspectos de la infracción y la complementariedad de las prácticas en cuestión para evaluar el impacto de los efectos de expulsión constatados fundadamente por la Comisión en la decisión impugnada.

Cabe destacar, finalmente, que, en junio de 2017, la Comisión ya había impuesto a Google una multa de 2.420 millones de euros por haber abusado de su posición dominante en el mercado de los motores de búsqueda al conferir una ventaja ilegal a su propio servicio de comparación de precios. Esta decisión también fue ratificada, en lo esencial, por el Tribunal General mediante la sentencia de 10 de noviembre de 2021, Google y Alphabet/Comisión (Google Shopping), T-612/17. El recurso de casación interpuesto por Google contra dicha sentencia se encuentra pendiente de resolución ante el Tribunal de Justicia (C-48/22 P).