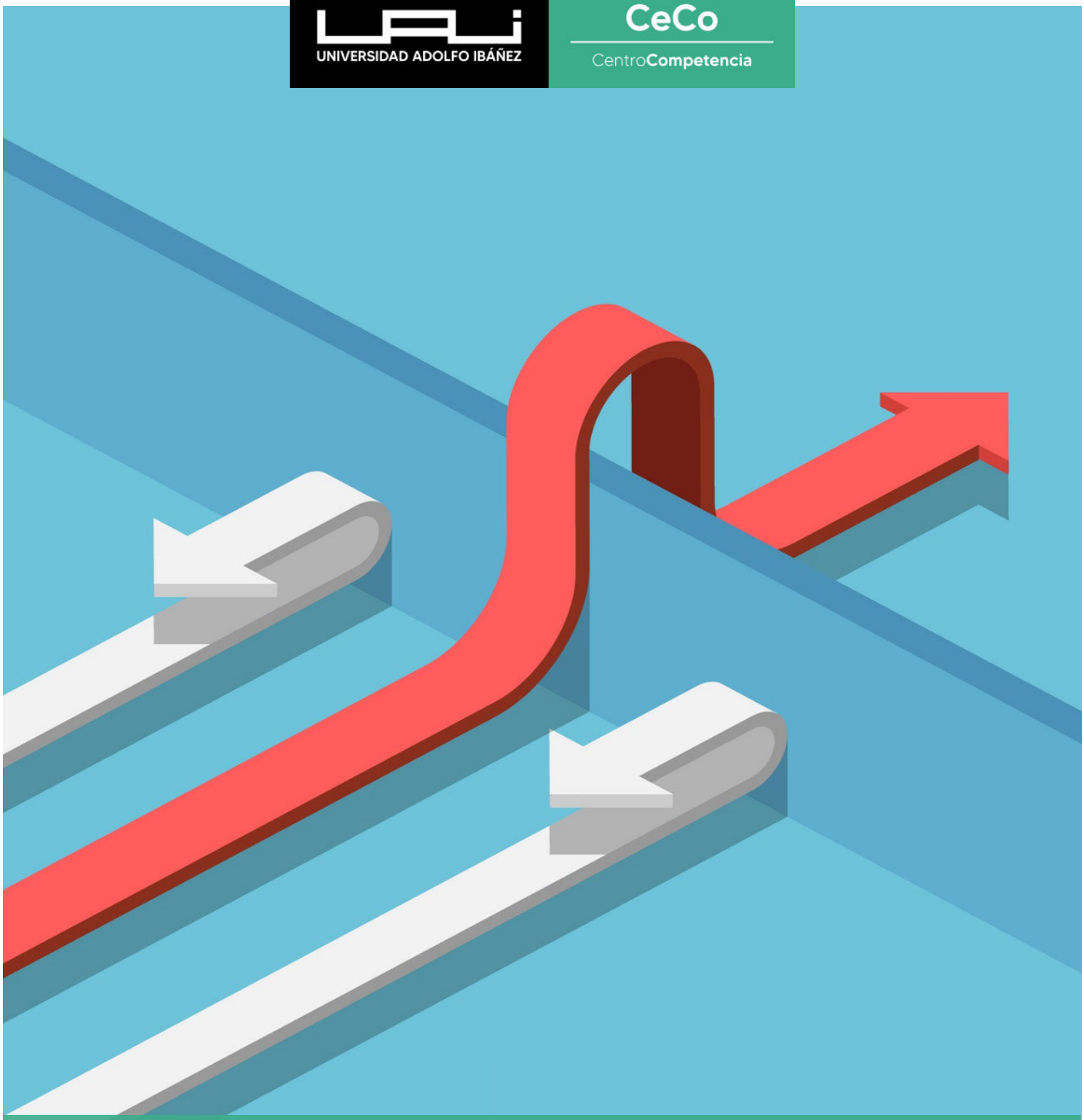
UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ

CeCo
CentroCompetencia



LA IMPUTACIÓN CAUSAL DE LOS EFECTOS DE EXCLUSIÓN EN *GOOGLE ANDROID*: MENOS ECONOMÍA, MENOS DERECHO TAMBIÉN

Antonio Robles Martín-Laborda

LA IMPUTACIÓN CAUSAL DE LOS EFECTOS DE EXCLUSIÓN EN *GOOGLE ANDROID*: MENOS ECONOMÍA, MENOS DERECHO TAMBIÉN

Noviembre 2026



Antonio Robles Martín-Laborda

Profesor de la Universidad Carlos III de Madrid, en la que se doctoró con Premio Extraordinario y donde dirige el Curso online de Especialización en Derecho de la competencia. Ha asesorado a clientes finales y a despachos de abogados en asuntos relacionados con el Derecho de la competencia, arbitraje, sociedades, contratos mercantiles y propiedad industrial e intelectual, sobre los que ha publicado numerosos trabajos de investigación.

1. INTRODUCCIÓN

Google distribuía el sistema operativo para dispositivos móviles inteligentes Android -con el que, según la Decisión de la Comisión de 18 de julio de 2018 (la Decisión controvertida), funcionaban aproximadamente el 80 % de los dispositivos móviles inteligentes utilizados en Europa- en régimen de código abierto y sin contraprestación monetaria. Cuando Google desarrollaba una nueva versión de Android, publicaba en línea su código fuente. Esto permitía a terceros descargar y modificar dicho código para crear así bifurcaciones de Android; es decir, sistemas operativos nuevos creados a partir del código fuente de un programa informático existente. El código fuente de Android hecho público con licencia de explotación libre ("Android Open Source Project licence") contenía los elementos básicos de un sistema operativo ("SO"), pero no las aplicaciones y servicios Android de los que Google es propietaria. Por tanto, los operadores que desearan obtener aplicaciones y servicios de Google -que constituían un recurso que los fabricantes no podían dejar de incorporar si querían competir en el mercado de dispositivos- debían celebrar contratos con esta.

Mediante la Decisión controvertida, la Comisión declaró que Google había infringido el artículo 102 TFUE mediante cuatro tipos de restricciones contractuales integradas en una infracción única y continuada: dos tipos de restricciones incorporadas en los acuerdos de distribución de aplicaciones móviles (en lo sucesivo, "ADAM"), en virtud de los cuales Google obligaba a los fabricantes de equipos originales ("OEM") a preinstalar sus aplicaciones de búsqueda general (Google Search) y de navegación (Chrome) antes de poder conseguir una licencia de explotación para su tienda de aplicaciones (Play Store); las restricciones incorporadas en los acuerdos contra la fragmentación (en lo sucesivo, "ACF"), con arreglo a los cuales los OEM que deseaban preinstalar aplicaciones Google no podían vender dispositivos que funcionaran con versiones de Android no aprobadas por Google ("OAF"); y las restricciones incorporadas en los acuerdos de reparto de ingresos ("ARI"), con arreglo a los cuales Google concedía a los OEM y a los operadores de redes móviles ("ORM") un porcentaje de sus ingresos publicitarios siempre que esos fabricantes u operadores se avinieran a no preinstalar un servicio de búsqueda general de la competencia en ninguno de los dispositivos que formaban parte de una cartera definida de mutuo acuerdo (en lo sucesivo, "ARI por cartera").

La sentencia del Tribunal General de 14 de septiembre de 2022 anuló la Decisión en cuanto calificaba de abusivos los ARI por cartera, la confirmó en lo restante y redujo la multa de 4.342.865.000 a 4.125.000.000 euros.

Mediante sentencia de 2 de julio de 2026, el Tribunal de Justicia desestimó íntegramente el recurso de casación interpuesto por Google y Alphabet, que invocaba seis motivos. El primero cuestionaba la relación de causalidad entre las condiciones de preinstalación previstas por los ADAM y los efectos que se les imputaban. El segundo, que esa capacidad de exclusión se hubiera apreciado sin referencia a un competidor hipotético igual de eficaz. El tercero se refería a las OAF y constaba de dos partes: la primera reprochaba al Tribunal General haber reformulado la conducta declarada abusiva por la Comisión y haberle atribuido efectos derivados de la política de Google sobre sus API propias, no calificada como abuso autónomo; la segunda, haber considerado innecesario un análisis de contraste para determinar si los efectos de exclusión eran causalmente imputables a las OAF. El cuarto se dirigía contra la apreciación de la justificación objetiva de las OAF y fue declarado inadmisible por pretender una nueva valoración de los hechos (apdo. 371). El quinto cuestionaba las consecuencias que el Tribunal General debió extraer, sobre la calificación de infracción única y continuada, de la anulación de la declaración de abuso relativa a los ARI por cartera. El sexto se dirigía contra el ejercicio de la competencia jurisdiccional plena, tanto por vulneración del derecho de defensa, de la presunción de inocencia y del principio *ne ultra petita* como por el carácter desproporcionado y no motivado de la multa.

El presente comentario se limita al problema que comparten los tres primeros motivos: el de la causalidad y la prueba de los efectos de exclusión, reales o potenciales. Tras exponer la doctrina establecida (apartado 2), se analiza críticamente la dispensa del criterio del competidor igual de eficaz, que operaba como término de comparación del efecto de exclusión (apartado 3.1), y la posibilidad de acreditar el nexo causal sin formular necesariamente un escenario contrafactual autónomo (apartado 3.2), para terminar con unas conclusiones valorativas (apartado 4).

2. LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA

2.1. Motivo primero: la relación de causalidad entre las condiciones de preinstalación y los efectos de exclusión

El primer motivo de casación, dividido en cuatro partes, se refería a la relación de causalidad entre las condiciones de preinstalación previstas por los acuerdos de distribución de aplicaciones móviles (ADAM) y los efectos de exclusión que la Comisión les había atribuido. Google y Alphabet sostenían, en esencia, que la Comisión no había demostrado que esos efectos fueran imputables específicamente a las condiciones de preinstalación y que el Tribunal General había confirmado la Decisión pese a esa insuficiencia.

La primera parte cuestionaba que, al valorar los efectos de los ADAM, el Tribunal General hubiera tenido en cuenta los acuerdos de reparto de ingresos (ARI). Google alegaba que los ADAM y los ARI eran acuerdos distintos, que no todos los fabricantes sujetos a los primeros habían celebrado los segundos y que los ARI por dispositivo no habían sido objeto de la Decisión, mientras que la declaración de abuso relativa a los ARI por cartera había sido anulada por el propio Tribunal General. A su juicio, la consideración conjunta de ambas prácticas había permitido atribuir a los ADAM efectos que, en realidad, podían proceder de los ARI.

Para responder a esta objeción, el Tribunal de Justicia recuerda que la capacidad de una conducta para producir efectos de exclusión no puede apreciarse de manera abstracta, sino atendiendo a todas las circunstancias de hecho pertinentes, incluidas las características del mercado y el contexto en el que se aplica. La pertinencia de un elemento contextual no depende de que ese elemento constituya, por sí mismo, una conducta abusiva. Un elemento fáctico que no haya sido calificado de abusivo, o cuyo carácter abusivo no haya quedado suficientemente acreditado, puede ser tomado en consideración para determinar si amplifica o atenúa los efectos de otra conducta.

El Tribunal General había reconocido que los ADAM y los ARI eran acuerdos distintos y que no todos los dispositivos cubiertos por los primeros lo estaban también por los segundos. Consideró, no obstante, que ambas prácticas eran complementarias: mientras que los ADAM imponían la preinstalación de Google Search y Chrome, los ARI exigían, respecto de un número significativo de dispositivos, la preinstalación exclusiva de Google Search. Por esta razón, los ARI constituían un elemento del contexto en el que debía apreciarse si la preinstalación paralela de servicios rivales representaba una alternativa de distribución efectiva.

El Tribunal de Justicia confirma esta apreciación. El Tribunal General no había atribuido a los ADAM los efectos específicos de los ARI, sino que había tenido en cuenta la interacción entre ambas prácticas para valorar los efectos de los primeros. Tampoco resultaba determinante que los ARI no hubieran sido declarados abusivos. La apreciación fáctica del Tribunal General era que ambas prácticas eran complementarias y que sus efectos no podían disociarse, especialmente en mercados caracterizados por efectos de red. Sobre esa base, el Tribunal de Justicia rechaza también la alegación de que, en un escenario sin los ADAM, los ARI habrían producido por sí solos los mismos efectos de exclusión (apdos. 184-200).

La segunda parte se refería a la valoración de las descargas de aplicaciones rivales y de las cuotas de utilización de los servicios de Google. Google y Alphabet sostenían que la Comisión no había demostrado que el reducido número de descargas de aplicaciones competidoras y la utilización de Google Search y Chrome obedecieran al sesgo de *statu quo* provocado por la preinstalación, en lugar de responder a las preferencias de los usuarios y, en particular, a la mayor calidad de esos productos. El Tribunal de Justicia recuerda que corresponde a la Comisión acreditar los hechos constitutivos de la infracción, mientras que la empresa debe demostrar los hechos en los que funde un motivo de defensa, y añade que, una vez suficientemente acreditado que una conducta sesga las elecciones de los usuarios, ese sesgo impide considerar, en principio, que su comportamiento se explica por el rendimiento superior de los productos de la dominante. En el caso concreto, las descargas y las cuotas de utilización habían servido para corroborar un sesgo acreditado mediante otras pruebas, mientras que la posibilidad teórica de descargar aplicaciones rivales no bastaba para compensar la ventaja de la preinstalación; correspondía, por ello, a Google demostrar tanto la mayor calidad alegada como que ésta, y no la preinstalación, explicaba el comportamiento de los usuarios y, al no haberlo hecho, la segunda parte fue desestimada (apdos. 201-214).

La tercera parte cuestionaba la utilización de pruebas relativas a la configuración predeterminada para apreciar los efectos de las condiciones de preinstalación previstas por los ADAM. El Tribunal de Justicia señaló que el Tribunal General no había negado la diferencia conceptual entre ambas situaciones, sino que había considerado que carecía de interés práctico para valorar las pruebas del sesgo de *statu quo*, porque sus respectivos efectos no podían separarse en el contexto examinado y los ADAM contemplaban también, según los casos, la ubicación privilegiada o la configuración por defecto. Puesto que los efectos deben examinarse atendiendo a todos los hechos pertinentes y puede resultar artificial aislar los producidos por comportamientos interconectados, la tercera parte fue declarada en parte inadmisible y en parte infundada (apdos. 215-223).

La cuarta parte planteaba directamente si la Comisión estaba obligada a realizar un análisis de contraste. Google y Alphabet sostenían que las condiciones de preinstalación constituían la contrapartida no monetaria que permitía ofrecer gratuitamente Android y Play Store a los fabricantes. La Comisión debería haber examinado, por tanto, una hipótesis alternativa realista para determinar si, en ausencia de esas condiciones, habría sido posible mantener el modelo de licencia abierto y gratuito y si los competidores habrían disfrutado de oportunidades de distribución iguales o superiores.

El Tribunal de Justicia declara que corresponde a la Comisión acreditar el nexo causal entre la conducta abusiva y sus efectos contrarios a la competencia. Sin embargo, puede hacerlo mediante un conjunto de pruebas y no está obligada a recurrir sistemáticamente a una metodología única, en particular a un análisis de contraste. De acuerdo con la sentencia, basta con demostrar que la conducta tenía capacidad para producir efectos de exclusión, sin que sea necesario acreditar que esos efectos se produjeron concretamente. En particular, el hecho de que solo la empresa dominante pudiera influir de manera discriminatoria en el comportamiento de los clientes o usuarios, en perjuicio de sus competidores, puede bastar para demostrar esa capacidad.

Sobre esta base, el Tribunal de Justicia considera que el Tribunal General podía aceptar que la Comisión centrara su examen en los efectos de las condiciones de preinstalación sin convertir en objeto de análisis la totalidad del modelo de licencia gratuita de Android. Una vez comprobado que la Comisión había tenido en cuenta las circunstancias pertinentes, el Tribunal General no estaba obligado a exigirle un análisis de contraste.

Una vez rechazado que el análisis de contraste fuera necesario para acreditar la relación causal, la sentencia examina separadamente los efectos favorables a la competencia invocados por Google como justificación objetiva de la conducta. Al demostrar el carácter anticompetitivo de una conducta, la autoridad debe tomar en consideración el contexto en el que se aplica; corresponde, en cambio, a la empresa dominante demostrar que aquella se encuentra objetivamente justificada, ya sea por circunstancias externas a la empresa o por los beneficios que produce para los consumidores. El Tribunal General había examinado y rechazado las alegaciones de Google sobre los efectos favorables a la competencia de los ADAM, sin que esa apreciación hubiera sido impugnada en casación. El Tribunal de Justicia desestima, en consecuencia, la cuarta parte y, con ella, el primer motivo de casación en su totalidad (apdos. 224-232).

2.2. Motivo segundo: la capacidad de exclusión y el competidor igual de eficaz

El segundo motivo de casación, dividido en dos partes, se refería a la capacidad de las condiciones de preinstalación previstas por los ADAM para producir efectos de exclusión. La primera parte tenía por objeto la vinculación de Google Search con Play Store; la segunda, la vinculación de Chrome con Play Store y Google Search. Google y Alphabet sostenían que la Comisión no había demostrado que esas prácticas pudieran excluir a competidores igual de eficaces y que el Tribunal General había aplicado a los ADAM un criterio distinto del empleado para examinar los ARI por cartera. Respecto de los ARI por cartera, la Comisión había aplicado una prueba AEC para valorar si los pagos por exclusividad podían expulsar a competidores al menos igual de eficaces (anulada posteriormente por el Tribunal General). Respecto de los ADAM, en cambio, habría considerado suficiente que las condiciones de preinstalación confiriesen a Google una ventaja competitiva que los servicios rivales no lograban compensar en la práctica.

Antes de examinar las dos partes del motivo, el Tribunal de Justicia formuló una serie de consideraciones generales sobre la calificación de las prácticas de exclusión con arreglo al artículo 102 TFUE. La finalidad de esta disposición es evitar que una empresa dominante obstaculice, en perjuicio de los consumidores y mediante medios distintos de los propios de una competencia normal, el mantenimiento del grado de competencia existente o su desarrollo. Para acreditar el carácter abusivo de una práctica de exclusión, la autoridad de competencia debe demostrar dos requisitos acumulativos: por una parte, que la práctica se basa en medios distintos de los propios de una competencia basada en los méritos; por otra, que, cuando fue aplicada, tenía capacidad para producir efectos de exclusión, siendo capaz de dificultar la entrada o el mantenimiento de competidores y, por esa vía, de afectar a la estructura del mercado (apdos. 261-279).

En relación con el primer requisito, el Tribunal recuerda que la competencia basada en los méritos comprende los comportamientos que benefician a los consumidores mediante precios más bajos, una mayor calidad o una oferta más amplia de bienes y servicios nuevos o más eficientes. La competencia puede entrañar legítimamente la marginalización o desaparición de los competidores menos eficaces, por lo que el artículo 102 TFUE no pretende garantizar la permanencia en el mercado de estos últimos ni impedir que una empresa alcance una posición dominante por sus propios méritos.

Por lo tanto, para determinar si una conducta se aparta de la competencia basada en los méritos, la autoridad de competencia puede examinar si un competidor hipotético igual de eficaz, pero no dominante, habría podido reproducirla. Este análisis no resulta, sin embargo, necesario cuando la propia naturaleza de la conducta permite apreciar que recurre a medios distintos de los que rigen una competencia normal. Así sucede, según el Tribunal, con las ventas vinculadas que supeditan la obtención de un producto a la aceptación de otro. En tal supuesto, la posibilidad de reproducir la conducta por un competidor igualmente

eficaz no resulta necesaria para determinar si el cliente podía obtener el producto vinculante sin aceptar también el vinculado. La vinculación puede cerrar el mercado del producto vinculado y, de forma indirecta, reforzar la posición de la empresa en el mercado del producto vinculante.

En cuanto al segundo requisito (la capacidad de la conducta para producir efectos de exclusión), el Tribunal señala que la práctica debe tener el efecto real o potencial, o ser capaz de producir el efecto, de restringir la competencia, expulsando a competidores hipotéticos igual de eficaces o impidiendo su desarrollo en los mercados afectados.

Sin embargo, la sentencia añade que el artículo 102 TFUE no se limita a las conductas que expulsan o debilitan a competidores ya presentes. También puede aplicarse a comportamientos que, mediante barreras de entrada, medidas de bloqueo u otros medios distintos de los propios de la competencia basada en los méritos, impiden en una fase previa que empresas potencialmente competidoras lleguen siquiera a acceder al mercado. Tales prácticas pueden impedir el desarrollo de la competencia en perjuicio de los consumidores al limitar la producción, la innovación o la aparición de productos y servicios alternativos.

El Tribunal de Justicia descarta, en primer lugar, que el artículo 102 TFUE imponga a la Comisión la obligación sistemática de examinar la eficacia de los competidores reales o hipotéticos de la empresa dominante. Aunque esta disposición no pretende garantizar la permanencia en el mercado de competidores menos eficaces, de ello no se sigue que la constatación de cualquier abuso deba supeditarse a la demostración de que la conducta puede expulsar a un competidor igual de eficaz.

El análisis basado en el competidor igualmente eficaz puede resultar pertinente tanto para las prácticas tarifarias como para las no tarifarias, pero su pertinencia depende de las circunstancias. En particular, el Tribunal considera que no es posible ni útil basar el análisis de la capacidad de exclusión en la cuestión de si un competidor igual de eficaz podría reproducir la conducta cuando la estructura del mercado y la propia conducta hacen imposible en la práctica la entrada, el mantenimiento o incluso la aparición de dicho competidor. Así puede suceder en un ecosistema caracterizado por barreras de entrada y efectos de red significativos.

La inaplicación de ese criterio no exime, sin embargo, a la autoridad de competencia de demostrar la capacidad de exclusión de la conducta. La demostración debe fundarse en elementos de análisis y pruebas precisos y concretos. Aunque el marco de análisis puede variar en función del tipo de conducta, deben tomarse en consideración todas las circunstancias pertinentes, relativas tanto a la propia práctica como a los mercados afectados y al funcionamiento de la competencia en ellos.

En el caso concreto, el Tribunal General había considerado que la Comisión no se limitó a calificar las condiciones de preinstalación de los ADAM como ventas vinculadas capaces de restringir la competencia, sino que, siguiendo el método de análisis de la sentencia *Microsoft/Comisión*, identificó los elementos concretos en los que se sustentaban sus efectos de exclusión. Según la Comisión, los ADAM dificultaban que los servicios de búsqueda competidores obtuvieran las consultas y, con ellas, los ingresos y la información necesarios para mejorar sus servicios, elevando las barreras de entrada y reduciendo los incentivos para innovar. El Tribunal General había examinado y rechazado las objeciones de Google relativas al sesgo de *statu quo*, la posibilidad de preinstalar o configurar por defecto servicios competidores, la existencia de canales alternativos, la relación causal entre la preinstalación y las cuotas de utilización y el contexto económico y jurídico (apdos. 275-277).

Sobre esta base, el Tribunal de Justicia concluye que el Tribunal General no estaba obligado a comprobar la capacidad de exclusión de los ADAM tomando como referencia a competidores hipotéticos igualmente eficaces. Los mercados afectados pertenecían a la economía digital y se caracterizaban por importantes barreras de entrada e interacciones complejas, en las que la innovación, el acceso a los datos, el carácter multifaz de las actividades, el comportamiento de los usuarios y los efectos de red desempeñaban un papel determinante. En esas circunstancias, resultaba imposible o inútil preguntar si un competidor igual de eficaz podía reproducir la conducta, con mayor razón cuando las condiciones de preinstalación no se prestaban a un análisis cuantitativo basado en los precios (apdo. 278).

2.3. Motivo tercero: la delimitación de la conducta abusiva y la causalidad en las obligaciones antifragmentación

El tercer motivo de casación se refería a la apreciación del carácter abusivo de las OAF. Google sostenía, en su primera parte, que el Tribunal General había sustituido la calificación efectuada por la Comisión por otra más amplia; en su segunda parte, que no había acreditado debidamente la relación causal entre las OAF y los efectos de exclusión atribuidos a estas, al considerar innecesario realizar un análisis de contraste (apdo. 294).

En relación con la primera parte, el Tribunal de Justicia recuerda que los órganos jurisdiccionales de la Unión no pueden sustituir la motivación de la Comisión por la suya, aunque la utilización por el Tribunal General de una terminología diferente no significa necesariamente que haya identificado una conducta abusiva distinta. En el caso concreto, la referencia a una "práctica dirigida a expulsar del mercado las bifurcaciones de Android no compatibles" debía interpretarse atendiendo al conjunto del razonamiento, que había identificado la conducta sancionada como la subordinación de las licencias de Play Store y Google Search a la aceptación de las OAF. La política de Google relativa a sus API propias fue tratada como un elemento del contexto económico que reforzaba la limitación de las oportunidades comerciales de las bifurcaciones no compatibles, no como una conducta abusiva autónoma, por lo que el Tribunal de Justicia concluyó que el Tribunal General no había sustituido la motivación de la Comisión ni identificado un abuso distinto del declarado en la Decisión (apdos. 323-341).

En la segunda parte, Google alegaba que el Tribunal General no podía atribuir a las OAF los efectos de exclusión que se les imputaban sin comparar la situación existente con la que probablemente se habría producido en ausencia de esas obligaciones. El Tribunal General había considerado innecesario ese análisis de contraste porque la existencia de las restricciones y sus efectos sobre la competencia habían quedado suficientemente acreditados.

El Tribunal de Justicia reitera, como consideración general, que corresponde a la Comisión acreditar la relación causal entre la conducta abusiva y sus efectos contrarios a la competencia. No obstante, la Comisión puede demostrarla mediante un conjunto de pruebas y no está obligada a emplear sistemáticamente una metodología única ni, en particular, a realizar un análisis de contraste.

En el caso concreto, el Tribunal General había comprobado que la existencia de las OAF había sido reconocida por Google y se encontraba acreditada; que la práctica se había instaurado conscientemente con la finalidad de limitar el acceso al mercado de las bifurcaciones no compatibles; que Google no había probado que esas bifurcaciones no pudieran constituir en ningún caso una amenaza competitiva; y que las OAF habían impedido a los fabricantes ofrecerles oportunidades comerciales, reforzando la posición dominante de Google en los mercados de servicios de búsqueda general y perjudicando a los usuarios finales.

Frente a ello, Google invocaba explicaciones alternativas para los efectos atribuidos a las OAF. El Tribunal de Justicia consideró que las alegaciones con las que pretendía demostrar la necesidad del análisis de contraste exigían una nueva valoración de los hechos y de las pruebas, inadmisible en casación en ausencia de desnaturalización, y señaló que otras apreciaciones del Tribunal General no impugnadas bastaban para sustentar la constatación de los efectos de exclusión de las bifurcaciones no compatibles.

En consecuencia, el Tribunal de Justicia desestima la segunda parte por ser parcialmente infundada y parcialmente inadmisible y, con ella, el tercer motivo de casación en su totalidad (apdos. 342-349).

3. VALORACIÓN CRÍTICA

Los tres motivos de casación examinados conducen, considerados conjuntamente, a que dos exigencias que cumplen funciones diferentes en el análisis de los efectos de exclusión dejen de ser sistemáticamente necesarias. Por una parte, el Tribunal niega que la exclusión de un competidor igualmente eficaz constituya el término de comparación necesario para determinar el efecto prohibido; por otra, permite acreditar la relación causal sin formular necesariamente un escenario contrafactual autónomo.

Una y otra dispensa afectan al análisis de los efectos. la primera modifica el objeto de prueba, porque permite apreciar un abuso sin demostrar la capacidad de la conducta para excluir a un competidor igualmente eficaz. La segunda afecta al método de prueba, porque permite no formular de manera expresa y autónoma un escenario contrafactual.

El orden entre ambas cuestiones resulta, por lo tanto, inverso al seguido por la sentencia: antes de determinar cómo ha de probarse que la conducta causa un efecto, debe precisarse en qué consiste ese efecto cuya causación ha de acreditarse. Por esta razón, a continuación se examina primero la exclusión del competidor igualmente eficaz como término de comparación (apartado 3.1) y, después, la posibilidad de prescindir de la formulación expresa y autónoma de un escenario contrafactual para demostrar el nexo causal entre la conducta enjuiciada y dicho efecto (apartado 3.2).

3.1. El competidor igualmente eficaz

En el segundo motivo de casación se planteaba si la capacidad de exclusión de las condiciones de preinstalación previstas por los ADAM debía apreciarse respecto de un competidor hipotético igual de eficaz que Google. El TJUE afirma que, para calificar una conducta como contraria al artículo 102 TFUE, "la prueba AEC o, incluso, con carácter más general, la capacidad de expulsar del mercado a un competidor igual de eficaz no es el único criterio" (apdo. 284).

La prueba AEC es un método cuantitativo que compara las condiciones resultantes de la conducta con los costes de la empresa dominante para determinar si un rival con costes equivalentes podría competir sin incurrir en pérdidas. La capacidad de expulsar del mercado a un competidor igualmente eficaz constituye, por el contrario, un criterio sustantivo para determinar si el efecto de exclusión imputado a la conducta permite calificarla como abusiva. Por lo tanto, la prueba AEC no es sino una forma cuantitativa de aplicar el criterio del competidor igual de eficaz, que puede regir también respecto de conductas que no se prestan a un análisis basado en los precios. Sin embargo, aunque Google denominase a ese examen "prueba AEC", no reclamaba una comparación cuantitativa basada en precios y costes, sino la aplicación del competidor igualmente eficaz como parámetro sustantivo de los efectos de exclusión.

La respuesta del Tribunal, por lo tanto, no se limita a rechazar la exigencia de un análisis cuantitativo para una conducta no tarifaria, sino que permite prescindir del competidor igualmente eficaz como término de comparación del efecto prohibido con carácter general.

Así formulada, la afirmación de que "la capacidad de expulsar del mercado a un competidor igual de eficaz no es el único criterio" parece convertirla en uno más de los parámetros que las autoridades pueden emplear facultativamente para acreditar la existencia de un abuso. Esa lectura no se corresponde, sin embargo, con la jurisprudencia de la que la sentencia afirma proceder ni con la justificación empleada por el TJUE; además, se basa en una confusión de los dos requisitos necesarios para apreciar el carácter abusivo de una conducta de exclusión.

a. La falta de apoyo en la jurisprudencia

En primer lugar, los precedentes invocados y la propia justificación delimitan los supuestos en los que el competidor igualmente eficaz puede dejar de resultar pertinente como parámetro sustantivo del efecto de exclusión, pero no convierten su aplicación en meramente facultativa.

El TJUE (apdo. 272) presenta su afirmación como procedente de *Google Shopping* donde había declarado que, si bien el artículo 102 TFUE no pretende garantizar la permanencia en el mercado de los competidores menos eficaces, de esta premisa no se deduce que cualquier infracción deba quedar supeditada a la demostración de que la conducta puede expulsar a un competidor igual de eficaz (*Google Shopping*, apdos. 263 y 264). Pero la remisión resulta incompleta, puesto que *Google Shopping* continuaba delimitando el alcance de la regla en los dos apartados siguientes:

> "265. La apreciación de la capacidad del comportamiento controvertido para expulsar a un competidor de igual eficacia, mencionada por Google como principio que subyace a la aplicación del artículo 102 TFUE, resulta pertinente, en particular, cuando la empresa en situación dominante ha sostenido en el procedimiento administrativo, aportando pruebas, que su comportamiento no tuvo la capacidad de restringir la competencia y, en particular, de producir los efectos de expulsión que se le imputan. En tal caso, la Comisión no solo está obligada a analizar la importancia de la posición dominante de la empresa en el mercado pertinente, sino que también debe apreciar la eventual existencia de una estrategia destinada a expulsar del mercado a competidores al menos igualmente eficaces (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de septiembre de 2017, Intel/Comisión, C-413/14 P, EU:C:2017:632, apartados 138 y 139).
>
> 266. Por otra parte, dado que la Comisión está obligada a demostrar la infracción del artículo 102 TFUE, debe acreditar la existencia de un abuso de posición dominante a la luz de diferentes criterios, aplicando, en particular, el criterio del competidor de igual eficacia, cuando este sea pertinente, y su apreciación sobre la pertinencia de ese criterio está sujeta, en su caso, al control del juez de la Unión."

Por tanto, *Google Shopping* no convierte el criterio del competidor igualmente eficaz en un parámetro facultativo, sino que obliga a aplicarlo cuando resulte pertinente y somete la apreciación sobre la pertinencia al control del juez de la Unión. Las autoridades de competencia no pueden decidir discrecionalmente si emplean o no el criterio, sino que deben justificar su falta de pertinencia cuando pretendan prescindir de él. Además, su falta de utilización por la Comisión no permite ignorar las pruebas basadas en ese parámetro que la empresa dominante aporte para negar la capacidad excluyente de su conducta.

Google Android vincula esa falta de pertinencia a las situaciones en las que no resulta posible ni útil basar el análisis de los efectos de exclusión en si un competidor igualmente eficaz podría reproducir la conducta, porque la estructura del mercado y el propio comportamiento controvertido hacen prácticamente imposible su entrada, mantenimiento o aparición, como sucede cuando los mercados afectados forman parte de la economía digital y se caracterizan por barreras de entrada, efectos de red, acceso a datos, aspectos multifaz, comportamiento de los usuarios e interacciones complejas (apdos. 273 y 278). En la práctica, el TJUE abre así la puerta a considerar que el criterio del competidor igualmente eficaz puede no resultar pertinente en mercados digitales, generalmente caracterizados por esas circunstancias.

Sin embargo, el TJUE no explica por qué resulta impertinente en el caso concreto, sino que se limita a remitirse a las sentencias citadas en los apartados 131 y 132 de las Conclusiones de la Abogada General y al apartado 271 de la propia sentencia. La genealogía de esas remisiones conduce, en último término, a *Generics (UK)* y *Post Danmark II*, cuyas soluciones se aplican ahora sin motivar suficientemente la identidad de razón entre los supuestos allí examinados y las condiciones de preinstalación previstas por los ADAM.

En *Generics (UK)*, la conducta consistía en una serie de acuerdos transaccionales celebrados por la empresa dominante con fabricantes de medicamentos genéricos concretos, identificados y preparados para entrar en el mercado, que tenían "si no por objeto, al menos por efecto" retrasar esa entrada. Esos operadores solo podían ser considerados competidores potenciales si disponían de posibilidades reales y concretas de entrada, acreditadas mediante una intención firme, una capacidad propia y actuaciones preparatorias suficientes, sin que bastase una posibilidad puramente hipotética (*Generics [UK]*, apdos. 37 a 44). Los acuerdos se celebraban, además, con los propios competidores excluidos y tenían, al menos, el efecto inmediato de mantenerlos temporalmente fuera del mercado. El abuso del artículo 102 TFUE se construyó sobre la estrategia contractual global seguida frente a esos operadores determinados (*Generics [UK]*, apdos. 142 a 157 y 172). En *Google Android*, por el contrario, los ADAM no se celebraban con los servicios de búsqueda supuestamente excluidos, sino con fabricantes y operadores, y Google no disponía de un poder de autorización equivalente sobre el acceso de aquellos servicios al mercado. Los servicios rivales ya estaban presentes, podían ser preinstalados junto a los de Google o descargados por los usuarios, y el efecto imputado consistía en dificultar que obtuvieran las consultas, los ingresos y los datos necesarios para mantener o desarrollar sus prestaciones.

La sentencia extiende así la doctrina desde el bloqueo directo de competidores potenciales identificados hasta una desventaja de distribución sufrida por operadores ya presentes y el eventual bloqueo de competidores hipotéticos no identificados, sin explicar suficientemente la identidad de razón entre esos supuestos.

En *Post Danmark II*, la conducta consistía en un sistema estandarizado de descuentos retroactivos y la cuestión planteada era si su carácter abusivo debía demostrarse mediante una comparación entre los precios y costes de la empresa dominante. Aunque la versión española utiliza "criterio del competidor igualmente eficaz", la inglesa habla de *as-efficient-competitor test* y los apartados 53 y 54 lo definen como una prueba específica de precios y costes. Su falta de pertinencia se apoyaba en circunstancias estructurales preexistentes y externas a los descuentos: la elevada cuota de Post Danmark, las importantes economías de escala y las ventajas derivadas de su monopolio legal y de su cobertura nacional hacían prácticamente imposible la aparición de un competidor igualmente eficaz y, en un mercado protegido por elevadas barreras de entrada, incluso la presencia de un competidor menos eficaz podía intensificar la presión competitiva y limitar el comportamiento de la dominante, por lo que su exclusión también podía perjudicar a la competencia. La sentencia prescindió, por lo tanto, de aquella prueba cuantitativa, pero no del parámetro sustantivo como regla general, pues siguió exigiendo que la conducta pudiera excluir potencialmente a competidores al menos igual de eficaces (*Post Danmark II*, apdos. 53 a 66). La jurisprudencia posterior fue diferenciando

ambos planos, hasta que *Google Shopping* negó que toda infracción debiera demostrar la capacidad de excluir a un competidor igualmente eficaz, aunque consideró ese análisis especialmente pertinente cuando la dominante aportara pruebas contra la capacidad excluyente de su conducta (*Google Shopping*, apdos. 253 y 263 a 266).

Google Android cita únicamente la primera afirmación y declara que ni la prueba AEC ni, "con carácter más general", la capacidad para expulsar a un competidor igualmente eficaz, constituyen el único criterio aplicable (apdos. 272 y 284). Sin explicar por qué existe identidad de razón entre ambos supuestos, el Tribunal extiende así la solución de *Post Danmark II* a un caso en el que la imposibilidad práctica de entrada, mantenimiento o aparición de aquel competidor no procedería solo de la estructura previa del mercado, sino también del propio comportamiento controvertido, es decir, de la vinculación a Play Store (apdo. 273). La regla corre, por lo tanto, el riesgo de incurrir en una petición de principio: declarar impertinente el criterio porque la conducta examinada haría imposible la entrada o el mantenimiento de un competidor igualmente eficaz exige presuponer que dicha conducta posee capacidad para producir precisamente el efecto de exclusión que mediante aquel criterio se trataba de demostrar.

En cualquier caso, vincula expresamente la posible falta de pertinencia del criterio del competidor igualmente eficaz con la jurisprudencia citada en el apartado 271, relativa a aquellos comportamientos respecto de los cuales se haya demostrado que tienen como objeto o efecto impedir en una fase previa que empresas potencialmente competidoras puedan siquiera acceder al mercado (apdo. 271). Sin embargo, en el apartado 273 extiende esa misma lógica, sin explicación adicional, a los supuestos en los que la estructura del mercado y la propia conducta hacen imposible en la práctica no solo la entrada o aparición, sino también el "mantenimiento" de un competidor igual de eficaz, pese a que el apartado 270 había incluido expresamente el mantenimiento o desarrollo de competidores hipotéticamente igual de eficaces entre los efectos de expulsión respecto de los que el criterio conserva, en principio, su pertinencia.

En este caso, los efectos atribuidos a los ADAM no consistían exclusivamente -ni siquiera principalmente- en bloquear la entrada de nuevos competidores. Según la propia teoría del daño elaborada por la Comisión, la ventaja derivada de la preinstalación dificultaba que buscadores y navegadores ya presentes obtuvieran las consultas, los ingresos publicitarios y los datos necesarios para mantener y desarrollar sus servicios. Al menos en esta dimensión, el efecto imputado no era el bloqueo previo de una entrada potencial, sino el debilitamiento del mantenimiento o desarrollo de competidores existentes, supuesto que el propio Tribunal había situado en el apartado 270 bajo la referencia a competidores hipotéticamente igual de eficaces. La sentencia aplica así la lógica del apartado 271 -relativa al bloqueo preventivo de competidores potenciales- a una conducta cuyos efectos recaían también sobre operadores ya presentes en el mercado.

Desgraciadamente, las recientemente aprobadas Directrices adoptan expresamente esta interpretación extensiva, utilizando para ello un razonamiento muy discutible incluido al final de una nota a pie de página. Según la Comisión, aunque *Google Shopping* reproduce la doctrina de *European Superleague* relativa a las conductas que impiden "en una fase previa" que empresas potencialmente competidoras puedan siquiera entrar en el mercado (apartado 167), en aquel asunto los servicios rivales afectados ya estaban presentes en él. De esta circunstancia la Comisión deduce, "con carácter general", que la referencia a las empresas potencialmente competidoras no puede limitarse a empresas todavía ausentes del mercado, sino que comprende también aquellas cuya entrada o expansión pueda verse obstaculizada (nota 170). Sin embargo, esta generalización no viene impuesta por la jurisprudencia citada. Al contrario, solo es posible retorciendo el sentido literal de las palabras y omitiendo que la propia sentencia *Google Shopping* había contemplado separadamente, en el apartado 165, el obstáculo al crecimiento de competidores ya presentes y, en el apartado 167 se refería expresamente al bloqueo previo de la entrada de empresas

potencialmente competidoras. Es precisamente esta distinción la que reaparece en los apartados 270 y 271 de *Google Android* y que coincide, además, con la jurisprudencia general sobre competencia potencial y con la terminología tradicional de la propia Comisión, que separan la expansión de competidores actuales de la entrada de competidores potenciales. Las Directrices optan, por tanto, por una de las posibles lecturas de esa jurisprudencia: precisamente la menos plausible, pero la única que permite extender a la expansión de operadores ya presentes el supuesto de falta de pertinencia del competidor igualmente eficaz formulado originariamente respecto del bloqueo previo de la entrada de competidores potenciales.

Ciertamente, las Directrices mantienen como regla general que debe acreditarse la capacidad de excluir o dificultar el desarrollo de competidores igualmente eficaces (apdo. 85), pero sistematizan después los supuestos en los que puede prescindirse de ese parámetro. En las conductas tarifarias, el competidor igualmente eficaz constituye el punto de referencia habitual y suele aplicarse mediante una prueba de precios y costes (apdos. 88 a 90), aunque las Directrices no lo configuran como una exigencia absoluta. Respecto de las conductas no tarifarias, admiten expresamente que la capacidad excluyente se aprecie bien mediante la posible exclusión de un competidor hipotético igualmente eficaz, bien mediante otros efectos de exclusión respecto de los cuales ese concepto no resulte pertinente (apdo. 92). En particular, consideran que puede dejar de serlo cuando la conducta impide en una fase previa la entrada o el desarrollo de la competencia potencial o cuando las condiciones del mercado hacen prácticamente imposible la aparición de un competidor igualmente eficaz (apdos. 94 a 96). De este modo, las Directrices no solo consolidan la ampliación realizada por *Google Android*, sino que hacen explícita y generalizan precisamente la lectura que permite proyectarla sobre la expansión de operadores ya presentes.

b. La confusión entre los requisitos de aplicación del artículo 102 TFUE

En segundo lugar, el razonamiento del TJUE difumina la distinción entre las dos funciones que el criterio del competidor igualmente eficaz puede desempeñar en el análisis del artículo 102 TFUE y, con ella, el carácter acumulativo que la propia sentencia atribuye a los requisitos para su aplicación.

Como hemos visto, la autoridad de competencia debe demostrar, por una parte, que la práctica se basa en la utilización de medios distintos de los propios de una competencia basada en los méritos; y, por otra, que posee capacidad para producir un efecto de expulsión, dificultando la entrada o el mantenimiento de los competidores en el mercado de referencia (apdo. 264).

Aunque determinados comportamientos -entre ellos, las ventas vinculadas como las derivadas de los ADAM- constituyen, en principio, medios ajenos a la competencia basada en los méritos, el criterio del competidor igualmente eficaz puede emplearse para confirmar esa apreciación. En tal caso, el análisis se centra en si un competidor hipotético igual de eficaz, pero no dominante, podría reproducir el comportamiento de la empresa dominante (apdo. 268). Ahora bien, en relación con las condiciones de preinstalación previstas por los ADAM, lo que se discutía no era tanto si esas condiciones se apartaban de la competencia basada en los méritos (primer requisito), sino si tenían capacidad de exclusión (segundo requisito). Y, respecto de ésta, el propio Tribunal afirma que la autoridad de competencia debe demostrar que el comportamiento examinado tiene como efecto real o potencial restringir la competencia, expulsando a competidores hipotéticos igual de eficaces o impidiendo su desarrollo en los mercados afectados (apdo. 270).

Los apartados 273 y 278 tienden, sin embargo, a confundir los dos requisitos en uno solo. Al afirmar que no siempre es posible ni útil basar el análisis de los efectos de expulsión en si un competidor igual de eficaz podría reproducir el comportamiento controvertido, trasladan al segundo requisito una consideración propia del primero: la reproducibilidad de la conducta (apdo. 273). Esta conclusión se refuerza después al

señalar que, en mercados caracterizados por barreras de entrada, acceso a datos y efectos de red, una conducta ajena a los méritos puede hacer imposible la entrada, el mantenimiento o incluso la aparición de un competidor igualmente eficaz (apdo. 278). Sin embargo, la imposibilidad de reproducir la ventaja creada por la empresa dominante puede informar sobre el carácter ajeno a los méritos de la conducta, pero no demuestra por sí sola que aquélla posea cobertura, intensidad o duración suficientes para dificultar la entrada, el mantenimiento o el desarrollo de los competidores.

La aparente flexibilización del criterio se traduce, por lo tanto, en una pérdida de autonomía del segundo requisito. Si bien el apartado 274 sigue imponiendo a la autoridad la prueba de la capacidad excluyente mediante elementos de análisis y pruebas precisos y concretos, la formulación general de los apartados 273 y 278 no excluye que esa aptitud se infiera de la previa calificación de la conducta como ajena a la competencia basada en los méritos.

Las Directrices finalmente adoptadas parecen apartarse de esa lógica. Por una parte, mantienen expresamente que, en el plano conceptual, el apartamiento de la competencia basada en los méritos y la capacidad de producir efectos de exclusión constituyen dos requisitos distintos (apdos. 59 y 60). Por otra, aunque admiten que determinados elementos de análisis o de prueba puedan ser relevantes para ambos y que, en ciertos supuestos, no sea necesario examinarlos en pasos separados (apdos. 61 a 65), cuando interviene el criterio del competidor igualmente eficaz la inferencia que cabe aceptar opera en sentido inverso al que sugieren los apartados 273 y 278 de *Google Android*: cuando se acredita que la conducta es capaz de excluir a un competidor hipotéticamente igual de eficaz, no es necesario demostrar separadamente que se aparta de la competencia basada en los méritos (apdos. 64 y 92). Las Directrices no establecen, por lo tanto, que la mera irreproducibilidad de la conducta o su apartamiento de la competencia basada en los méritos permitan inferir por sí solos su capacidad excluyente. La capacidad excluyente debe seguir acreditándose mediante elementos de análisis y pruebas específicos y concretos, atendiendo a todas las circunstancias pertinentes (apdo. 105).

3.2. El nexo causal y su prueba

En relación con la alegación de que la relación de causalidad entre las condiciones de preinstalación previstas por los ADAM y los efectos contrarios a la competencia debía demostrarse mediante una hipótesis de contraste realista, el TJUE establece que, si bien corresponde a la Comisión acreditar el nexo causal entre el comportamiento abusivo controvertido y sus efectos contrarios a la competencia, esta puede basarse en un conjunto de pruebas, sin estar obligada a recurrir sistemáticamente a una metodología única, en particular a un análisis de contraste (*Google Android*, apdo. 225). La cuestión consiste, por tanto, en determinar si esa dispensa se refiere únicamente a la utilización de una técnica probatoria determinada o alcanza también a la operación comparativa inherente a la atribución causal.

El Tribunal añade que, para acreditar el abuso de posición dominante, basta con demostrar la capacidad del comportamiento para producir efectos de expulsión, sin que sea necesario demostrar sus efectos concretos. Así, afirma que "el hecho de que —a diferencia de sus competidores— solo la empresa dominante pudiera influir de manera discriminatoria en el comportamiento de los clientes o usuarios en perjuicio de dichos competidores puede bastar para considerar que el comportamiento en cuestión podía menoscabar la competencia efectiva y no falseada" (apdo. 226). El razonamiento parece utilizar así la asimetría en los medios competitivos disponibles para la empresa dominante -la posibilidad de influir discriminatoriamente

sobre clientes o usuarios de una forma que sus competidores no podían reproducir- como fundamento suficiente para inferir la capacidad potencial de exclusión de la conducta. A partir de estas premisas, el Tribunal concluye que el Tribunal General no estaba obligado a comprobar si la Comisión había realizado un análisis de contraste, "que no es obligatorio" (apdo. 228).

Esta formulación reproduce, en el contexto de la causalidad, la misma dificultad examinada en el apartado anterior. El propio Tribunal había establecido que el apartamiento de la competencia basada en los méritos y la capacidad de producir efectos de exclusión constituyen requisitos acumulativos (apdo. 264). Sin embargo, el apartado 226 permite que una característica de la conducta que revela precisamente la ventaja de que dispone la dominante frente a sus competidores pueda bastar para acreditar también su capacidad excluyente. La conexión se hace todavía más explícita en el apartado 278, cuando el Tribunal afirma que, en las circunstancias allí descritas, una conducta ajena a la competencia basada en los méritos es capaz de hacer prácticamente imposible la entrada, el mantenimiento o incluso la aparición de un competidor igualmente eficaz. De esta forma, cuando la empresa dominante disponga de una capacidad de influencia de la que carecen sus competidores, esa asimetría podría cumplir simultáneamente la función de caracterizar el medio competitivo empleado y la de demostrar la capacidad de exclusión, difuminando nuevamente la autonomía del segundo requisito.

En relación con la afirmación de que el análisis de contraste "no es obligatorio", conviene determinar qué debe probarse y qué función desempeña la comparación causal según se invoquen efectos reales o potenciales. Cuando se invoca un efecto real, la infracción responde funcionalmente a la estructura de un ilícito de resultado: debe acreditarse una alteración de la competencia efectivamente producida y su imputación a la conducta. Cuando solo se invoca un efecto potencial, no es necesario demostrar que la alteración llegó a producirse, pero sí que la conducta era apta, atendidas las circunstancias concretas del mercado, para producir efectos restrictivos potenciales suficientemente acusados. Esta segunda modalidad responde funcionalmente a la estructura de los ilícitos de aptitud lesiva o de peligro hipotético.

La función del análisis causal varía en consecuencia. Cuando se invoca un efecto real, permite imputar jurídicamente el resultado a la conducta, distinguiendo lo causado por esta de lo explicado por otros factores concurrentes. Su método es necesariamente comparativo y, en su formulación ordinaria, contrafactual: afirmar que una conducta ha causado un resultado exige, en principio, determinar que el curso de los acontecimientos habría sido distinto sin ella y, por tanto, confrontar la situación observada con la situación hipotética que habría existido en ausencia de la conducta.

Cuando se invoca un efecto potencial, en cambio, no se trata de atribuir a la conducta un resultado efectivamente producido, sino de determinar su aptitud para crear o incrementar una posibilidad realista de restricción de la competencia. También este juicio es comparativo: exige explicar qué presión competitiva habría existido o habría podido desarrollarse sin la conducta y mediante qué mecanismo era esta capaz de reducirla.

La exigencia de comparación se remonta, en el ámbito del artículo 101 TFUE, a Société Technique Minière, que ya exigía valorar la competencia dentro del marco real en el que se desarrollaría de no existir el acuerdo. Más recientemente, el TJUE estableció en *Servier* que, para apreciar si un acuerdo produce efectos restrictivos, es necesario comparar "la situación de la competencia resultante de dicho acuerdo» con la que habría existido "de no existir tal acuerdo» (apdo. 339). Ese método, denominado por el propio Tribunal "contrafactual», tiene por finalidad identificar el nexo causal entre el acuerdo y la estructura o el funcionamiento de la competencia en el mercado afectado (apdo. 340). La situación hipotética debe ser realista y creíble y puede construirse a partir del contexto económico y jurídico, de la naturaleza de los bienes o servicios afectados y de las

condiciones reales de funcionamiento del mercado (apdos. 341 y 342). Como mecanismo de imputación, el método contrafactual permite evitar que la calificación de restricción por los efectos recaiga sobre acuerdos que solo presentan una correlación con la degradación competitiva y no sobre aquellos que la causan.

En *Servier*, Krka constituía una fuente de competencia potencial, pero la eliminación de esa fuente durante la vigencia de los acuerdos fue calificada como un efecto real. Precisamente por ello, una mera comparación entre la situación anterior y posterior a los acuerdos no permitía identificar adecuadamente el efecto producido: el número y el comportamiento de los operadores presentes podían permanecer inalterados mientras desaparecía una fuente efectiva de presión competitiva potencial (apdos. 350 a 355 y 483 a 486). La comparación pertinente era entre la situación resultante de los acuerdos y la que probablemente habría existido sin ellos, lo que exigía determinar si, en su ausencia, Krka habría continuado constituyendo una fuente efectiva de presión competitiva potencial.

La comparación contrafactual tampoco queda circunscrita a los efectos reales. En *Tallinna Kaubamaja Grupp y KIA Auto*, el Tribunal de Justicia declaró expresamente que el método contrafactual es inherente al examen de una restricción de la competencia por los efectos y que su carácter realista y creíble no impide tomar en consideración efectos puramente potenciales (apdos. 28 a 33). Respecto de estos últimos, la comparación no trata de averiguar si llegó a producirse una restricción, sino de comprobar si, de no existir la conducta, había una posibilidad realista de competencia que aquella era apta para restringir de forma suficientemente acusada.

Sin embargo, poco después de *Servier* y sin citar esa sentencia, *Google Shopping* —a la que *Google Android* se remite en este punto— resolvió la alegación relativa a la necesidad de un análisis de contraste para la aplicación del artículo 102 TFUE. Las recurrentes sostenían que, con independencia de que los efectos fueran reales o potenciales, cualquier evaluación de estos exigía un análisis de esa naturaleza, inherente al concepto de causalidad (apdo. 212). El Tribunal de Justicia aceptó que la relación de causalidad forma parte de los elementos constitutivos esenciales de la infracción y que su prueba incumbe a la Comisión, pero negó que esta debiera recurrir sistemáticamente a una única herramienta para acreditarla (apdos. 223 a 229).

La divergencia resulta menos perceptible debido a que, en un intervalo de diez semanas, las versiones españolas de las sentencias del Tribunal de Justicia emplean dos familias léxicas para traducir un mismo conjunto de nociones. *Servier* no utiliza la palabra “contraste", sino que habla de “método contrafactual", “análisis contrafactual" e “hipótesis contrafactual", mientras que en los asuntos Google desaparece el adjetivo “contrafactual" y se emplean las expresiones “hipótesis de contraste", “situación de contraste» y “análisis de contraste". Por su parte, la versión española de la sentencia del Tribunal General en *Google Shopping* había traducido *counterfactual analysis* como “análisis de contraste" (apdos. 378 y 379), mientras que *counterfactual scenario* aparece primero como “hipótesis de contraste" (apdo. 376) y después como “situación de contraste fiable" (apdo. 377).

La confusión no es solo terminológica. En *Servier*, el escenario contrafáctico es “by definition, hypothetical», precisamente porque no se ha materializado (apdo. 341). En *Google Shopping*, en cambio, el Tribunal General afirmó que, cuando se analizan relaciones de competencia existentes, la situación de contraste fiable debe corresponder a una situación real inicialmente parecida y no afectada por las prácticas controvertidas, añadiendo que un *counterfactual scenario* “compares two actual developments" (T-612/17, apdo. 377).

La diferencia se sitúa entre el objeto de la reconstrucción y los medios empleados para realizarla. La situación que habría existido sin la conducta —el escenario contrafáctico— es necesariamente hipotética, mientras que un mercado, territorio o período real no afectado constituye uno de los posibles medios empíricos para

reconstruirla. El apartado 377 hace depender la construcción de una situación contrafactual fiable de la existencia de una situación real comparable. Puesto que esta puede no existir, el apartado 378 convierte la ausencia de ese comparador empírico en una razón para negar que pueda exigirse sistemáticamente a la Comisión un análisis contrafactual.

Como señaló la Abogada General en sus conclusiones, la distinción trazada por el Tribunal General entre los análisis de contraste referidos a efectos reales y potenciales "no es fundada", puesto que "en ambos casos, debe compararse la evolución real en el pasado, teniendo en cuenta la infracción cometida, con una hipotética evolución, haciéndose abstracción de dicha infracción». Tampoco se entiende, añadía, por qué la obligación de formular una hipótesis de contraste ante efectos meramente potenciales habría de equivaler a exigir a la Comisión la prueba de efectos reales (punto 172). El Tribunal de Justicia no examinó esa objeción en cuanto al fondo, sino que la desestimó por inoperante al atribuir a los apartados controvertidos un "carácter reiterativo" respecto de los apartados 372 a 376 de la sentencia recurrida (apdo. 232).

La fórmula empleada en casación era, en todo caso, más amplia que la del Tribunal General. No identificaba el análisis contrafactual con un comparador empírico concreto, sino que permitía acreditar el nexo causal mediante un conjunto de pruebas sin recurrir sistemáticamente a una única herramienta probatoria. El Tribunal de Justicia precisó, además, que el Tribunal General no había excluido "el carácter útil de un análisis de contraste» (apdo. 228). Pero la contraposición entre un análisis de contraste y un conjunto de pruebas puede inducir a confundir dos planos diferentes. El conjunto de pruebas constituye el material probatorio mediante el que se pretende acreditar la causalidad, mientras que el escenario contrafactual representa la reconstrucción de la situación que probablemente habría existido sin la conducta. La comparación entre esta situación y la producida por la conducta constituye, a su vez, la operación lógica mediante la cual se atribuyen a aquella sus efectos reales o su capacidad restrictiva potencial.

En *Google Shopping*, el contenido de aquel conjunto de pruebas podía identificarse con cierta precisión: la Comisión podía atender a la evolución real del mercado y, constatada una correlación entre la conducta y la modificación de la situación competitiva, apoyarse en elementos adicionales —entre ellos, las apreciaciones de los operadores del mercado, proveedores, clientes, asociaciones profesionales o consumidores— para demostrar el nexo causal (apdo. 225). La sentencia no establece, sin embargo, un criterio general conforme al cual la mera acumulación de esos elementos permita tenerlo por acreditado. El problema consiste, por tanto, en determinar hasta dónde alcanza la posibilidad de prescindir de una técnica probatoria determinada y cómo debe cumplir el "conjunto de pruebas" la función de atribución causal que desempeña la comparación contrafactual: para cumplir esa función, las pruebas consideradas conjuntamente deben permitir atribuir a la conducta la modificación observada o, cuando solo se invoca un efecto potencial, su capacidad para producirla, y no limitarse a mostrar circunstancias compatibles con esa conclusión. En cualquier caso, la consecuencia de esta evolución jurisprudencial es una divergencia injustificada o, al menos, insuficientemente explicada en cuanto al estándar de atribución causal de los efectos restrictivos. Para la aplicación del artículo 101 TFUE, la comparación contrafactual se considera inherente a la prueba de los efectos, incluso cuando estos son puramente potenciales. En cambio, *Google Shopping* permite acreditar el nexo causal mediante un conjunto de pruebas sin precisar plenamente cómo deben estas desempeñar la función comparativa que *Servier* y *KIA Auto* atribuyen al método contrafactual.

Google Android incorpora esa doctrina por remisión en un contexto diferente. La sentencia continúa exigiendo que la Comisión acredite el nexo causal, pero los apartados 225 y 226 no se limitan a admitir que el escenario contrafáctico pueda no formularse de manera expresa y autónoma. Conectan esa dispensa con la regla de que basta demostrar la capacidad de la conducta para producir efectos de expulsión y con la posibilidad de que sea suficiente la influencia discriminatoria que solo la dominante podía ejercer sobre

los usuarios o clientes. La formulación corre así el riesgo de extender el objeto de la dispensa desde la identificación expresa y autónoma del escenario contrafáctico hasta la propia necesidad de la comparación, sin explicar cómo los restantes medios de prueba permiten atribuir causalmente a la conducta la capacidad de exclusión.

La dispensa de un análisis de contraste podía no resultar decisiva para resolver el caso concreto si las restantes pruebas bastaban para reconstruir la relación causal entre las conductas y sus efectos potenciales. Sin embargo, tal y como está formulada, presenta el riesgo de que el conjunto de pruebas deje de operar como medio para comparar la situación producida por la conducta con la que probablemente habría existido en su ausencia y se convierta en una acumulación de indicios de una mera ventaja, sin demostrar separadamente que esta tenía capacidad para producir efectos de exclusión causalmente atribuibles a la conducta.

La Comisión puede no estar obligada a formular de manera expresa y autónoma un escenario contrafactual, pero las pruebas en las que se base deben permitir realizar la comparación causal. Si se invoca un efecto real, deberá explicar por qué la evolución observada resulta atribuible a la conducta y no a otros factores. Si se invoca un efecto potencial, deberá demostrar, atendiendo al mecanismo de exclusión y a las circunstancias concretas del mercado, que la conducta era apta para crear o incrementar una posibilidad de exclusión no meramente hipotética.

Las Directrices finalmente adoptadas abordan, desde la perspectiva de la Comisión, esta misma cuestión. Tras afirmar que los efectos de exclusión deben ser atribuibles a la conducta (apdo. 99), declaran que, “desde el punto de vista conceptual”, el análisis de la capacidad excluyente exige comparar la situación en la que se aplicó la conducta con la que habría existido en su ausencia (apdo. 100). El apartado 101 contempla, en determinados casos, la utilización de un escenario hipotético alternativo, mientras que el apartado 102 permite acreditar el nexo causal mediante un conjunto de pruebas sin recurrir sistemáticamente a una metodología única, “en particular» a ese escenario. Leídos conjuntamente, estos apartados permiten entender que la dispensa se refiere a la formulación sistemática de un escenario contrafactual autónomo, no a la comparación causal que el apartado 100 sigue considerando conceptualmente necesaria.

La relevancia práctica de esta distinción se manifestará especialmente cuando la empresa dominante aporte un análisis de contraste para negar la capacidad excluyente de su conducta o la atribución causal de los efectos. Que la Comisión no esté obligada a realizar sistemáticamente ese análisis no permite considerar impertinente el presentado por la empresa: si es susceptible de poner en duda la prueba de la capacidad excluyente o del nexo causal, deberá ser valorado y, en caso de rechazo, deberá explicarse por qué no desvirtúa la prueba de la Comisión.

4. CONCLUSIONES

Google Android es una mala sentencia, incluso aunque el resultado alcanzado en el caso concreto pudiera ser correcto. Lo sería, cuando menos, por su difícil lectura y comprensión: obliga a reconstruir largas cadenas de remisiones para determinar qué regla aplica, cuál es su fundamento y hasta dónde alcanza, y designa en sus versiones españolas unos mismos conceptos con términos diferentes a los empleados hasta entonces. La ambigüedad y la imprecisión resultantes dificultan el control de la motivación y reducen la previsibilidad en la aplicación del precepto.

La sentencia, además, innova más de lo que pretende reconocer. Las numerosas referencias a su propia jurisprudencia producen una apariencia de continuidad, pero no existe ninguna explicación de la identidad de razón entre los precedentes y el supuesto examinado. El debilitamiento del análisis económico no se ve compensado por una regla jurídica más precisa, ampliándose la discrecionalidad de las autoridades y debilitándose las posibilidades efectivas de contradicción.

La sentencia amplía injustificadamente los supuestos en los que puede prescindirse del parámetro del competidor hipotéticamente igual de eficaz, tiende a difuminar la distinción entre el carácter ajeno a la competencia basada en los méritos y la capacidad excluyente de la conducta, y consolida una divergencia entre la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE que no puede explicarse mediante una oposición entre efectos reales y potenciales, pues ambos preceptos permiten apreciar estos últimos. Cuando solo se invocan efectos potenciales la infracción descansa en una aptitud lesiva que debe acreditarse en las circunstancias concretas del mercado: el artículo 101 exige una comparación contrafactual, mientras que el artículo 102 permite acreditar la relación causal mediante un conjunto de pruebas sin formular necesariamente un escenario contrafactual autónomo. Sin embargo, el TJUE no explica suficientemente cómo ese conjunto puede desempeñar la función comparativa necesaria para atribuir a la conducta su capacidad de exclusión ni cómo se evita que la prueba de una aptitud concreta sea sustituida por la afirmación de su peligrosidad abstracta.

Las Directrices finalmente adoptadas abordan solo parcialmente estos problemas desde la perspectiva de la aplicación del artículo 102 TFUE por la Comisión: mantienen expresamente la autonomía conceptual entre el apartamiento de la competencia basada en los méritos y la capacidad excluyente, y consideran conceptualmente necesaria la comparación entre la situación producida por la conducta y la que habría existido en su ausencia. Al mismo tiempo, consolidan y desarrollan la ampliación de los supuestos en los que puede prescindirse del competidor igualmente eficaz como parámetro de referencia, y no justifican la divergencia probatoria que subsiste entre los artículos 101 y 102 TFUE: aunque reconocen la necesidad conceptual de aquella comparación, permiten que, para acreditar efectos potenciales con arreglo al segundo, la Comisión prescinda de la formulación autónoma de un escenario contrafactual, sin precisar plenamente cómo debe desempeñar el conjunto de pruebas esa misma función comparativa.

El TJUE parece sumarse así a la tendencia de la Comisión hacia la creación de una suerte de Derecho especial para los mercados digitales: menos economía y, también, menos Derecho.

Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/

Cómo citar este artículo:
Antonio Robles Martín-Laborda, "La imputación causal de los efectos de exclusión en *Google Android*: menos economía, menos derecho también", *Investigaciones CeCo* (noviembre, 2026),
http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones

Envíanos tus comentarios y sugerencias a centrocompetencia@uai.cl
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile