

RESOLUCIÓN

BOOKING

S/0005/21

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D^a. María Jesús Martín Martínez

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 29 de julio de 2024.

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**) con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el expediente de referencia incoado por la Dirección de Competencia (**DC**) contra BOOKING.COM B.V. (**BOOKING.COM**), por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por los artículos 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**) y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (**TFUE**).

ÍNDICE DE CONTENIDO

1. ANTECEDENTES.....	7
2. LAS PARTES	12
2.1. Denunciantes e interesadas	12
2.1.1. ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DIRECTORES DE HOTEL.....	12
2.1.2. ASOCIACIÓN EMPRESARIAL HOTELERA DE MADRID.....	13
2.2. Denunciada: BOOKING.COM B.V.....	13
3. LA ACTIVIDAD DE BOOKING.COM EN EL SECTOR HOTELERO	14
4. MERCADOS	19
4.1. Principios	19
4.1.1. Mercado de producto.....	19
4.1.2. Mercado geográfico	21
4.2. Aplicación al caso	21
4.2.1. Provisión de servicios de intermediación de reservas en línea a hoteles por parte de agencias de viajes en línea (OTAs).....	22
4.2.1.1. Mercado de producto.....	23
4.2.1.1.1. Los hoteles frente a otros servicios de viaje	23
4.2.1.1.2. La distribución en línea frente a la distribución física	32
4.2.1.1.3. Las OTAs frente a los MSS.....	38
4.2.1.1.4. Las OTAs frente a otros canales en línea (directo del hotel, turoperadores, mayoristas...).....	40
4.2.1.1.5. Conclusión.....	74
4.2.1.2. Mercado geográfico	74
4.2.2. Venta minorista en línea de reservas de alojamiento de tipo hotelero	76
4.2.2.1. Mercado de producto.....	76
4.2.2.2. Mercado geográfico	77
4.3. Conclusiones sobre los mercados relevantes afectados.....	78
4.4. Estimación del tamaño de los mercados relevantes afectados y cuotas	78
4.4.1. Mercado de servicios de intermediación de reservas en línea a los hoteles, por parte de OTAs, en España.....	78
4.4.2. Mercado de venta minorista en línea de reservas hoteleras en España	85
5. HECHOS ACREDITADOS	87

5.1. Imposibilidad que tiene un hotel situado en España de negociar los contratos con BOOKING.COM, salvo contadas excepciones	87
5.2. La cláusula de “ <i>paridad de precios y condiciones</i> ” que BOOKING.COM establece en sus contratos con los hoteles situados en España.....	89
5.3. La posibilidad que tiene BOOKING.COM en su sitio web de rebajar unilateralmente el precio de venta final de un hotel situado en España a través del programa ‘ <i>Booking Sponsored Benefits</i> ’ (BSB)	91
5.4. Versión vinculante de las GDT	96
5.5. Ordenamiento jurídico aplicable a las GDT y los tribunales competentes en caso de conflicto entre las partes acerca de las GDT	96
5.6. Clasificación de resultados de una búsqueda de hotel situado en España en BOOKING.COM	96
5.7. Criterios empleados en la clasificación predeterminada de hoteles situados en España que ofrece BOOKING.COM tras la realización de una búsqueda por parte del consumidor final.....	100
5.8. Importancia de la posición en una clasificación de resultados a la hora de generar visitas a un resultado	103
5.9. Relación entre la posición del hotel en la clasificación predeterminada de resultados de hoteles en BOOKING.COM y las reservas hoteleras en BOOKING.COM	106
5.10. Programa Preferente de BOOKING.COM	107
5.11. Programa Preferente Plus de BOOKING.COM.....	111
5.12. Herramienta ‘Visibilidad Extra’ de BOOKING.COM.....	113
5.13. Programa <i>Genius</i> de BOOKING.COM.....	114
6. FUNDAMENTOS DE DERECHO	116
6.1. Competencia para resolver.....	116
6.2. Normativa aplicable	118
6.3. Afectación al comercio entre Estados Miembros.....	118
6.4. Propuesta del órgano instructor	120
6.5. VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA.....	125
6.5.1. Archivo de las actuaciones respecto a la infracción de falseamiento de la libre competencia por actos desleales	125
6.5.2. Tipificación de las conductas.....	128

6.5.2.1.	Abuso de posición de dominio.....	129
6.5.2.1.1.	Posición de dominio de BOOKING.COM.....	129
6.5.2.1.2.	Abuso de posición dominante por parte de BOOKING.COM	152
6.5.2.1.3.	Infracción única y continuada.....	240
6.5.2.1.4.	Legislación aplicable a las infracciones acreditadas	247
6.5.2.1.5.	Conclusión.....	249
6.5.3.	Antijuridicidad de las conductas	250
6.5.4.	Culpabilidad y responsabilidad individualizada	252
6.5.4.1.	Principios	252
6.5.4.2.	Aplicación en este caso	253
6.5.5.	Conclusión	254
6.6.	OTRAS ALEGACIONES	255
6.6.1.	Sobre la solicitud de suspensión del procedimiento de BOOKING.COM	255
6.6.2.	Sobre la solicitud de terminación convencional del expediente de BOOKING.COM	259
6.6.3.	Sobre la solicitud de confidencialidad	259
6.7.	DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN	260
6.7.1.	Criterios de imposición de las multas	260
6.7.2.	Aplicación al caso	262
6.7.3.	Multas	265
6.7.4.	Alegaciones a la multa impuesta.....	266
6.8.	OBLIGACIONES DE COMPORTAMIENTO	272
6.9.	APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR	277
7.	RESUELVE.....	279

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1.	Requerimientos de información remitidos por la DC durante la tramitación de la información reservada.....	7
Tabla 2.	Requerimientos de información remitidos por la DC durante la instrucción del procedimiento.....	9
Tabla 3.	Requerimientos de información remitidos por la DC a BOOKING.COM tras la formulación del PCH	10

Tabla 4. Solicitudes de inicio de terminación convencional de BOOKING.COM y respectivas denegaciones por parte de la DC	11
Tabla 5. Gasto de las OTAs en Google (millones de \$)	46
Tabla 6. Comisiones percibidas por OTAs por la intermediación de reservas en línea a hoteles situados en España.....	79
Tabla 7. Valor de las reservas intermediadas en línea por las OTAs a hoteles situados en España	80
Tabla 8. Número reservas intermediadas en línea por las OTAs a hoteles situados en España	80
Tabla 9. Cuotas de los canales de ventas en línea, 2017-2020 (hoteles independientes situados en España)	84
Tabla 10. Facturación (euros) por reservas en línea directas en hoteles nacionales y extranjeros realizadas en España.....	86
Tabla 11. Importe (miles millones de dólares) de las reservas (en línea y fuera de líneas) en hoteles nacionales y extranjeros realizadas en España, 2019-2022.....	86
Tabla 12. Versiones de las GDT de aplicación a hoteles situados en España, 2019-julio de 2023	88
Tabla 13. Importe de las reservas y comisiones asociadas al programa BSB, en su modalidad de no suscripción voluntaria, para hoteles situados en España, abril 2019-2022.....	95
Tabla 14. Estimación del % de reservas hechas por clientes en España en función de la clasificación de resultados empleada (1-6-2021 a 1-6-2022)	99
Tabla 15. Peso de las distintas comisiones de intermediación cobradas a hoteles situados en España en los ingresos de BOOKING.COM.....	111
Tabla 16. Sanciones pecuniarias propuestas por la DC.....	123
Tabla 17. Información facilitada por BOOKING.COM a hoteles situados en España sobre el impacto previsto de Programas Preferente, Preferente Plus, Visibilidad Extra y Genius.....	191

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1. Aproximación a la distribución en línea de inventario de hoteles	18
Gráfico 2. Cuota de los distintos canales de venta en España dentro de las ventas de los hoteles independientes situados en España	82
Gráfico 3. Cuota del canal OTA dentro de las ventas de hoteles independientes de distintos países	83
Gráfico 4. Captura del Panel de Rendimiento de Precios de un hotel en la Extranet de BOOKING.COM, con información del indicador 'Precios Externos'	94
Gráfico 5. Captura del Panel de Rendimiento de Precios de un hotel en la Extranet de BOOKING.COM, con información del indicador PQS.....	95

Gráfico 6. Muestra del Panel de ranking para un hotel situado en España.....	103
--	-----

1. ANTECEDENTES

- (1) Con fecha 16 de abril de 2021 tuvo entrada en la CNMC **denuncia** presentada por la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DIRECTORES DE HOTEL (**AEDH**) en la que se ponían de manifiesto determinadas prácticas llevadas a cabo por BOOKING.COM B.V. (**BOOKING.COM**) en el mercado español de reservas de alojamiento y que podrían ser constitutivas de una infracción del artículo 2 de la LDC, así como del artículo 102 del TFUE¹.
- (2) Con fecha 21 de abril de 2021, en el marco de lo establecido en el artículo 49.2 de la LDC, la DC inició una **información reservada** con el fin de determinar con carácter preliminar si concurrían las circunstancias que justificasen la incoación de un expediente sancionador.
- (3) Con fecha 18 de junio de 2021, también tuvo entrada en la CNMC **denuncia** presentada por la ASOCIACIÓN EMPRESARIAL HOTELERA DE MADRID (**AEHM**) contra BOOKING.COM² por prácticas que podrían ser constitutivas de infracción del artículo 2 de la LDC, así como del artículo 102 del TFUE, sin descartar tampoco la posible comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101.1 del TFUE. En esa misma fecha³ y el 4 de febrero de 2022, la AEHM aportó información complementaria a su denuncia⁴.
- (4) Dada la similitud de los hechos denunciados por la AEHM y la AEDH, la DC decidió tramitar ambas denuncias bajo una misma información reservada.
- (5) En el marco de la información reservada, la DC remitió los requerimientos de información que se detallan a continuación:

Tabla 1. Requerimientos de información remitidos por la DC durante la tramitación de la información reservada

Remisión de requerimientos de información			Contestación a los requerimientos	
Fecha	Destinatario	Folios	Fecha	Folios
18/06/2021	BOOKING.COM	65 a 71	29/07/2021	313 a 404
28/07/2021	eDreams Odigeo, S.A. (eDreams)	295 a 300	08/09/2021	612 a 618
	Bravoventure Spain, S.L. (LASTMINUTE)		12/08/2021, 26/08/2021 y 16/09/2021	405 a 408, 437 a 441 y 905 a 912
	Tool Factory, S.L. (matriz de la OTA Logitravel)		27/08/2021	509 a 569

¹ Folios 1 a 64.

² Folios 78 a 198.

³ Folios 207 a 231.

⁴ Folios 944 a 979.

	Vacationspot, S.L. (filial en España de la OTA Expedia Inc.)		06/09/2021	578 a 607
22/03/2022	AEDH	980 a 984	22/04/2022	1289 a 1301
	AEHM	988 a 993	12/04/2022	1030 a 1157
	Confederación Española de Hoteles y Alojamientos Turísticos (CEHAT)	997 a 1002	13/04/2022	1158 a 1262
28/03/2022	Google Spain, S.L.	1006 a 1011	29/04/2022	1302 a 1333
22/04/2022	Airbnb Marketing Services, S.L. (AIRBNB)	1273 a 1278	24/05/2022	1360 a 1427
	Hotel Reservation Service, S.L.	1281 a 1286	20/06/2022, 27/06/2022 y 29/07/2022	2435 a 2443, 2484 y 2511 a 2523
12/05/2022	Destinia Global Travel, S.A.	1334 a 1339	26/05/2022	1440 a 1457
19/05/2022	BOOKING	1342 a 1352	13/06/2022, 22/06/2022 y 05/09/2022	1493 a 2253, 2444 a 2480 y 2524 a 2581
25/05/2022	Vacationspot, S.L.	1428 a 1437	15/06/2022 y 28/06/2022	2254 a 2434 y 2485 a 2510
30/09/2022	BOOKING.COM	2582 a 2590	25/10/2022 y 17/11/2022	2790 a 2834 y 2993 a 2997

- (6) Con fecha 5 de octubre de 2022, basándose en la información reservada, la DC observó la existencia de indicios racionales de infracción de la LDC y del TFUE, por lo que, de conformidad con lo establecido en el artículo 49.1 de la LDC, acordó la **incoación de un expediente sancionador** contra BOOKING.COM por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en los artículos 2 y 3 de la LDC y 102 del TFUE, concediendo la condición de interesados en el expediente a las dos asociaciones denunciantes: la AEDH y la AEHM.⁵
- (7) Con fecha de 17 de noviembre de 2022, BOOKING.COM presentó un escrito de alegaciones sobre las conductas supuestamente ilegales contenidas en los escritos de denuncia que dieron origen a la incoación del presente expediente sancionador.⁶
- (8) En el marco de la instrucción del procedimiento, la DC remitió los requerimientos de información que se detallan a continuación:

⁵ Folios 2593 y 2594.

⁶ Folios 2998 a 3017.

Tabla 2. Requerimientos de información remitidos por la DC durante la instrucción del procedimiento

Remisión de requerimientos de información			Contestación a los requerimientos	
Fecha	Destinatario	Folios	Fecha	Folios
17/02/2023	BOOKING.COM	3775 a 3785	13/04/2023 y 14/06/2023	3798 a 3827 y 4454 a 4459.
14/03/2023	AIRBNB	3828 a 3830	05/04/2023	3960 a 3970
	Destinia Global Travel, S.A.	3832 a 3834	04/04/2023	3960 a 3970
	Hotel Reservation Service, S.L.	3836 a 3838	11/04/2023	3971 a 3974
	Vacationspot, S.L.	3840 a 3842	04/04/2023	3951 a 3959
	Tool Factory, S.L.	3844 a 3847	28/03/2023	3906 a 3914
15/03/2023	Atrápalo, S.L.	3849 a 3851	17/03/2023	3975 a 3982
	Barceló Corporación Empresarial, S.A.	3853 a 3856	22/03/2023 y 28/03/2023	3868 a 3873 y 3893 a 3900
	Viajes El Corte Inglés, S.A.	3858 a 3861	28/03/2023	3915 a 3921
	Tripcom Air Travel Ticketing, S.L.	3863 a 3866	31/03/2023	3935 a 3942
30/03/2023	BOOKING.COM	3925 a 3933	24/04/2023 y 05/05/2023	3983 a 4051 y 4131 a 4171
27/04/2023	Accorinvest Spain, S.A.	4052 a 4056	22/05/2023	4246 a 4251
	Grupotel Dos, S.A.	4058 a 4062	23/05/2023	4262 a 4273
	Jumari, S.A.	4064 a 4068	15/06/2023	4483 a 4489
	Amresorts Management Spain, S.L.	4070 a 4074	18/05/2023	4246 a 4251
	Iberostar Hoteles y Apartamentos, S.L.	4076 a 4080	11/05/2023	4201 a 4210
	ACHM SPAIN MANAGEMENT, S.L.	4082 a 4086	01/06/2023	4340 a 4352
	Meliá Hotels International, S.A.	4088 a 4092	15/06/2023	4460 a 4482
	Sagatu Asociados Comercial Hotelera, S.L.	4094 a 4098	09/05/2023	4185 a 4193
	Hilton of Spain, S.A.	4100 a 4104	02/06/2023	4354 a 4366
27/04/2023	Alojamientos Costeros, S.L. (Hotel & Spa Bahía de Alcúdia)	4106 a 4110	11/05/2023	4194 a 4200
	Ancobo Hotel, S.L. (Hotel Oleander)		22/05/2023	4255 a 4261
	Bookingres, S.L. (Hotel Neomagna Madrid)		No consta	No consta
	Carsomat, S.A. (Son Matias Beach)		19/05/2023	4242 a 4245
	First One Hotel, S.L. (First One Hotel Preciados Madrid)		09/05/2023	4180 a 4184

	Gestora Hotel Villamadrid, S.L.		03/05/2023	4119 a 4123
	Hotel S.A. Coma C.B. (Hotel Sa Coma)		09/05/2023	4172 a 4179
	Hotel Suites Feria, S.L. (Hotel Suites Feria de Madrid)		No consta	No consta
17/05/2023	Tripcom Air Travel Ticketing, S.L.	4212 a 4215	25/05/2023	4307 a 4313
23/05/2023	AccorHotels & Community Services Spain, S.L.	4282 a 4286	09/06/2023	4434 a 4444
25/05/2023	BOOKING.COM	4297 a 4305	15/06/2023, 27/06/2023 y 19/09/2023	4490 a 4562 y 4593 a 4594, 5773 a 5779
06/06/2023	Galatzó Inversiones, S.L.	4369 a 4371	06/06/2023	4373 a 4378
09/06/2023	Green Prado, S.L.	4369 a 4371	30/06/2023	4629 a 4633

- (9) Con fechas 11 de julio de 2023⁷, 12 de julio de 2023⁸ y 26 de julio de 2023⁹, la DC procedió a incorporar al expediente determinada información pública relacionada con el objeto del procedimiento.
- (10) Con fecha 28 de julio de 2023, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.3 de LDC, la DC formuló el **pliego de concreción de hechos (PCH)**, el cual fue oportunamente notificado a BOOKING.COM¹⁰ y a los interesados¹¹.
- (11) Con fecha 30 de agosto de 2023 tuvieron entrada en la CNMC las alegaciones de BOOKING.COM y la AEDH al PCH.
- (12) Tras la formulación del PCH la DC remitió a BOOKING.COM los requerimientos de información que se detallan a continuación:

Tabla 3. Requerimientos de información remitidos por la DC a BOOKING.COM tras la formulación del PCH

Remisión de requerimientos de información			Contestación a los requerimientos	
Fecha	Destinatario	Folios	Fecha	Folios
28/07/2023	BOOKING.COM	5480 a 5482	30/08/2023	5493 a 5499
17/10/2023		5809 a 5811	26/10/2023	5813 a 5817
19/12/2023		5889 a 5891	03/01/2024	5908 a 5909

⁷ Folios 4638 a 4898.

⁸ Folios 4899 a 4914.

⁹ Folios 4915 a 4962.

¹⁰ Folios 5140 a 5309 y 5480 a 5482.

¹¹ Folios 5310 a 5479 y 5483 a 5484.

- (13) De conformidad con lo dispuesto en los artículos 52 de la LDC y 39 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (**RDC**), BOOKING.COM solicitó el inicio de la **terminación convencional** del procedimiento sancionador en sucesivas ocasiones y la DC las fue denegando en las fechas que se indican a continuación:

Tabla 4. Solicitudes de inicio de terminación convencional de BOOKING.COM y respectivas denegaciones por parte de la DC

Solicitud de BOOKING.COM		Denegación de la DC	
Fecha	Folios	Fecha	Folios
30/08/2023	5765 a 5772	30/11/2023	5818 a 5826
01/12/2023	5841 a 5888	04/01/2024	5913 a 5924
01/02/2024	6956 a 6967	08/02/2024	7339 a 7351

- (14) Con fecha 4 de enero de 2024, de acuerdo con lo previsto en el artículo 33.1 del RDC, la DC procedió al **cierre de la fase de instrucción** del procedimiento¹².
- (15) Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50.4 de la LDC y 34.1 del RDC, la DC formuló la **propuesta de resolución (PR)** del expediente¹³. Dicha propuesta fue elevada a la Sala de Competencia de la CNMC el 8 de febrero de 2024 mediante informe¹⁴, junto con las alegaciones de BOOKING.COM de 5 de febrero de 2024¹⁵ y de la AEDH de 26 de enero de 2024¹⁶.
- (16) Con fecha 18 de enero de 2024 BOOKING.COM interpuso **recurso administrativo** en virtud del artículo 47 de la LDC contra el acuerdo de la DC de 4 de enero de 2024 por el que se denegaba el inicio de actuaciones tendentes a la terminación convencional (exp. R/AJ/020/24 BOOKING), lo que dio lugar a la suspensión del plazo máximo de resolución del expediente, de conformidad con el art. el artículo 37.1.d) de la LDC.

Con fecha 18 de abril de 2024 la Sala de Competencia de la CNMC resolvió inadmitir el recurso interpuesto, dada la ausencia de indefensión o perjuicio irreparable, por lo que se acordó el levantamiento de la suspensión del plazo máximo de resolución del procedimiento¹⁷.

¹² Folio 5941

¹³ Folios 5946 a 6263 (versión no confidencial folios 6264 a 6581).

¹⁴ Folios 7370 y 7371.

¹⁵ Folios 6975 a 7338.

¹⁶ Folios 6941 a 6952.

¹⁷ Folios 7393 a 7394.

- (17) Con fecha 17 de abril de 2024, de acuerdo con el artículo 51.3 de la LDC y 19.1 del RDC, la Sala de Competencia acordó la **celebración de una vista oral** de carácter presencial¹⁸.
- El 7 de mayo de 2024 se celebró vista oral ante la Sala de Competencia de la CNMC a la que acudieron la DC como órgano instructor, BOOKING.COM como incoado y la AEDH y AEHM como interesados¹⁹.
- (18) El 19 de junio de 2024, se acordó la **remisión de información a la Comisión Europea** prevista por el artículo 11.4 del Reglamento 1/2003²⁰. Asimismo, se acordó suspender el plazo para resolver hasta que se diera respuesta por la Comisión Europea o transcurriera el término de 30 días²¹. El plazo de suspensión fue levantado mediante acuerdo de 19 de julio de 2024²².
- (19) El 19 de junio de 2024 la Sala de Competencia adoptó un acuerdo por el que se **requirió a BOOKING.COM** que aportaran, entre otras cosas, el **volumen de negocios total en el año 2023**²³. BOOKING.COM aportó la información requerida el 5 de julio de 2024²⁴.
- (20) La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 29 de julio de 2024.

2. LAS PARTES

2.1. Denunciantes e interesadas

2.1.1. ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DIRECTORES DE HOTEL

- (21) La ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DIRECTORES DE HOTEL (**AEDH**) es una asociación sin ánimo de lucro, constituida en 1972, que tiene por objeto representar los intereses profesionales colectivos de la actividad de directores y directivos de hoteles españoles. Según la misma, agrupa a más de 800 profesionales de la dirección hotelera que prestan servicio tanto en España como en el resto del mundo.

¹⁸ Folios 7373 a 7389.

¹⁹ Folios 7420 a 7463.

²⁰ Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (respectivamente, los actuales artículos 101 y 102 TFUE) (en adelante, el **Reglamento 1/2003**).

²¹ Folios 7789 a 7790.

²² Folios 7826 a 7827.

²³ Folios 7797 a 7799.

²⁴ Folios 7810 a 7812.

2.1.2. ASOCIACIÓN EMPRESARIAL HOTELERA DE MADRID

- (22) La ASOCIACIÓN EMPRESARIAL HOTELERA DE MADRID (**AEHM**) es una asociación sin ánimo de lucro que tiene por objeto principal representar los intereses profesionales colectivos de los establecimientos hoteleros de la Comunidad de Madrid. Según la misma, agrupa a más de 300 establecimientos de todas las categorías y tipologías (hoteles, hostales, albergues o *hostels*, apartamentos...).

2.2. Denunciada: BOOKING.COM B.V.

- (23) BOOKING.COM B.V. (**BOOKING.COM**) es una sociedad constituida en los Países Bajos que ofrece, a través de su sitio web www.booking.com (y sus variantes regionales), un servicio de reserva en línea de alojamientos (hoteles, hostales, alquiler de apartamentos, albergues juveniles...) en el cual los alojamientos participantes ofrecen la reserva de habitaciones y los visitantes pueden reservar en línea en dichos alojamientos.
- (24) La página web de BOOKING.COM (www.booking.com) constituye el mayor sitio web de reservas de hoteles del mundo. A finales de 2022 la capitalización de mercado de BOOKING.COM era de aproximadamente 74.000 millones de euros.
- (25) BOOKING.COM pertenece a la empresa estadounidense Booking Holdings Inc., propietaria también de las siguientes empresas:²⁵
- Agoda Company Pte. Ltd., sociedad constituida en Singapur que ofrece, a través de su sitio web www.agoda.com (y sus variantes regionales), un servicio de reserva en línea de alojamientos dirigido principalmente a clientes en la región Asia-Pacífico, en el cual los alojamientos participantes ofrecen la reserva de habitaciones y los visitantes pueden reservar en línea en dichos alojamientos.
- AGODA también emplea en su plataforma el inventario hotelero de terceras fuentes (como, por ejemplo, BOOKING.COM).
- Kayak Software Corporation (**KAYAK**), sociedad constituida en los EE. UU. que ofrece, a través de su sitio web www.kayak.com (y sus variantes regionales), un servicio de metabúsqueda en línea que permite a sus usuarios comparar itinerarios de viaje y tarifas procedentes de distintos sitios web, incluyendo billetes de avión, alojamiento y alquiler de coches.

²⁵ Folios 1497 y 2449 (folios 3096 y 3126 versión no confidencial).

- Priceline.com LLC (**PRICELINE**), sociedad constituida en los EE. UU. que ofrece, a través de su sitio web www.priceline.com, un servicio de reserva en línea de alojamientos dirigido principalmente a clientes en EE.UU.

[CONFIDENCIAL].

(26) [CONFIDENCIAL].

(27) La principal fuente de ingresos de BOOKING.COM son las comisiones pagadas por los hoteles a raíz de las reservas realizadas por los consumidores en su sitio web.

(28) El grupo Booking Holdings cuenta con una filial domiciliada en España, **Bookings Hispánica, S.L.**, que presta los siguientes servicios de apoyo para BOOKING.COM:

- [CONFIDENCIAL].

(29) Hasta el 1 de junio de 2022 BOOKING.COM fue propietaria de **Booking Customer Service Center (Spain), S.L.** (hoy Majorel CX Services Iberia, S.L.), también domiciliada en España, que prestaba a BOOKING.COM servicios de apoyo local (por ejemplo, soporte al cliente o gestión de cuentas).

3. LA ACTIVIDAD DE BOOKING.COM EN EL SECTOR HOTELERO

(30) Dado que las prácticas objeto de la presente resolución están relacionadas con las reservas en establecimientos hoteleros situados en España, se realizará, en primer lugar, una breve caracterización del sector hotelero en España, así como del papel que BOOKING.COM juega en el mismo, lo cual servirá de preámbulo a la delimitación de los mercados relevantes afectados.

(31) Dentro de la **cadena de valor de la industria de viajes**, cabe distinguir distintos servicios, los cuales son prestados por diferentes operadores económicos tales como:²⁶

- los proveedores de los distintos tipos de servicios de viajes (TSP, por sus siglas en inglés –*travel service providers*–), entre los cuales cabe destacar aerolíneas (para servicios de vuelos), hoteles, compañías de alquiler de coches y otros proveedores de servicios de transporte;
- los turoperadores que crean productos turísticos comprando productos de viaje individuales y combinándolos, dando lugar a paquetes de vacaciones;

²⁶ Véase la decisión de la CE en la concentración M.8416 *The Priceline Group-Momondo Group Holdings*, párrafo 16.

- las agencias de viajes físicas y en línea, es decir, minoristas físicos o en línea que venden uno o más tipos de servicios de viaje a los clientes finales, servicios provistos por una multiplicidad de TSPs o por agencias mayoristas; y
 - otros intermediarios de viajes.
- (32) Centrándonos en los **proveedores de alojamiento hotelero**, dado el ámbito de las denuncias, cabe distinguir distintos canales por los cuales un TSP puede llegar al cliente final. Los canales de distribución o de comercialización se pueden definir como la red de medios con que cuenta una empresa para poner sus servicios a disposición del consumidor final.²⁷
- (33) Una primera clasificación de los canales de distribución distingue en función de la existencia o no de intermediarios entre el cliente final y el hotel:
- *canal directo*, donde no hay intermediarios entre el cliente final y el hotel, siendo el propio hotel el que cumple con la función de distribución, como son los casos de la reserva realizada en el propio establecimiento hotelero, la efectuada de manera telefónica, o la llevada a cabo a través del propio sitio web de aquél; y
 - *canal indirecto*, en el que sí existe un intermediario entre el cliente final y el establecimiento hotelero, siendo un ejemplo de ello BOOKING.COM.²⁸
- (34) Una segunda clasificación de los canales atiende al empleo de medios electrónicos:
- *canal fuera de línea (offline)*, como, por ejemplo, cuando se opera con agencias de viajes físicas; y
 - *canal en línea (online)*, en el que se emplean medios electrónicos para distribuir la oferta hotelera. Por ejemplo, el sitio web del propio hotel sería un canal en línea, de tipo directo.
- (35) Dado que la actividad de BOOKING.COM se circunscribe al ámbito digital, se describirán con mayor detalle los **canales indirectos en línea para la comercialización de alojamiento hotelero**.
- (36) Como sistemas electrónicos para la distribución indirecta de alojamiento hotelero se pueden distinguir:
- los *Sistemas de Distribución Global* (también conocidos como **GDS** por sus siglas en inglés **-Global Distribution System-**), que vienen conformados por

²⁷ Folio 1033.

²⁸ Folios 1033 y 1034.

una red informática mundial que permite a terceros (como agencias de viajes) acceder al inventario de hoteles y cerrar operaciones, a través de grandes mayoristas. Ejemplos de proveedores de GDS son Amadeus, Sabre y Travelport (Galileo, Apolio y Worldspan)²⁹

- los *Sistemas de Distribución de Internet* (también conocidos como **IDS** por sus siglas en inglés **-Internet Distribution System-**), que engloban un conjunto de redes que permite a los hoteles incluir su oferta, en tiempo real, a través de internet, en sitios webs de terceros,
 - o ya sea **mayoristas en línea** (entre los que se encuentran los llamados bancos de camas o *bedbanks*, por su término en inglés);
 - o ya sea operadores en la cadena de valor de la distribución en línea que gozan de conectividad directa con los consumidores. Entre esos operadores cabe distinguir a (i) las **agencias de viajes en línea** (también conocidas como **OTAs**, por sus siglas en inglés *-online travel agents-*), y (ii) los **metabuscadores o motores de búsqueda (MSS)**, por sus siglas en inglés *-metasearch sites-*, sitios web que agregan información relacionada con uno o más tipos de servicios de viaje).

(37) A continuación, se desarrollan con más detalle las **figuras de las OTAs y los MSS**.

(38) Las **OTAs** son agencias de viajes que ofrecen sus servicios a través de internet y proporcionan servicios a dos tipos de usuarios:

- por un lado, proporcionan servicios de búsqueda, comparación y reserva al *consumidor*,³⁰ y
- por otro, proporcionan servicios de marketing y funcionalidad de reserva a los *TSPs*.

(39) Las OTAs pueden vender una multiplicidad de productos tales como vuelos, hoteles, paquetes turísticos, cruceros, alquiler de coches, etc. y su modelo de negocio y forma de monetizar su actividad se basa, principalmente, en el cobro de porcentajes de las ventas (comisión).

(40) Asimismo, cabe distinguir los siguientes tipos de OTAs en función de la fente de su inventario hotelero:

²⁹ Los GDS constituyen un canal de distribución electrónico que antecede a la irrupción de Internet. Además, los GDS son bancos de datos más grandes a nivel de servicios turísticos, ya que también comparten su información (para conseguir su venta individual o en paquetes), líneas aéreas, cruceros, empresas de actividades turísticas, turoperadores, transportes...

³⁰ Folio 320, figura 2 (folio 2910, figura 2, versión no confidencial).

- OTAs cuyo inventario hotelero es *provisto directamente por los hoteles* en virtud de contratos de colaboración. Ejemplos de este tipo de OTAs son BOOKING.COM y Expedia Inc. (**EXPEDIA**).
 - OTAs cuyo inventario hotelero es *provisto por otra OTA* que sí tiene inventario hotelero propio, en el marco de un acuerdo de asociación comercial.³¹ En virtud de estos acuerdos, la OTA con inventario propio proporciona a una OTA tercera acceso a sus funcionalidades de búsqueda, comparación y reserva para que esta las ponga a disposición de consumidores finales. De este modo, los visitantes del sitio web de la OTA tercera asociada pueden buscar y reservar servicios de viajes como si estuvieran visitando el sitio web de la OTA que está ofreciendo el programa de asociación comercial. Ejemplos de OTAs cuyo inventario es provisto por otra OTA son eDreams³² y el Grupo Lastminute-Bravofly³³. Un ejemplo de OTA que provee de inventario a otras OTAs es la propia BOOKING.COM.³⁴
 - OTAs cuyo inventario hotelero *proviene de un mayorista*, ya sea de GDS o en línea (como podría ser un banco de camas). Un ejemplo de este tipo de OTA es TRAVELCONCEPT, S.L.U. (**LOGITRAVEL**).
- (41) Cabe advertir que en una misma OTA puede encontrarse oferta hotelera procedente de distintas fuentes.
- (42) Los **MSS** (metabuscadores o motores de búsqueda) son sitios web que agregan información relacionada con uno o más tipos de servicios de viaje:
- por un lado, los MSS proporcionan servicios de búsqueda y comparación a los *consumidores* y les permiten comparar ofertas para el mismo producto realizadas por el TSP y/o por una o más OTAs;
 - por otro, proporcionan servicios de atracción de consumidores potenciales (en inglés, *lead generation*) a TSPs y OTAs.³⁵
- (43) Son ejemplos de metabuscadores KAYAK, Trivago.es, Tripadvisor o Google Hotels.

³¹ Véase la decisión de la Comisión Europea en la concentración M.8416 *The Priceline Group-Momondo Group Holdings*, párrafos 9 y 11.

³² Este grupo opera en el sector de las OTAs a través de cuatro marcas: eDreams, GO Voyages, Opodo, y Travellink.

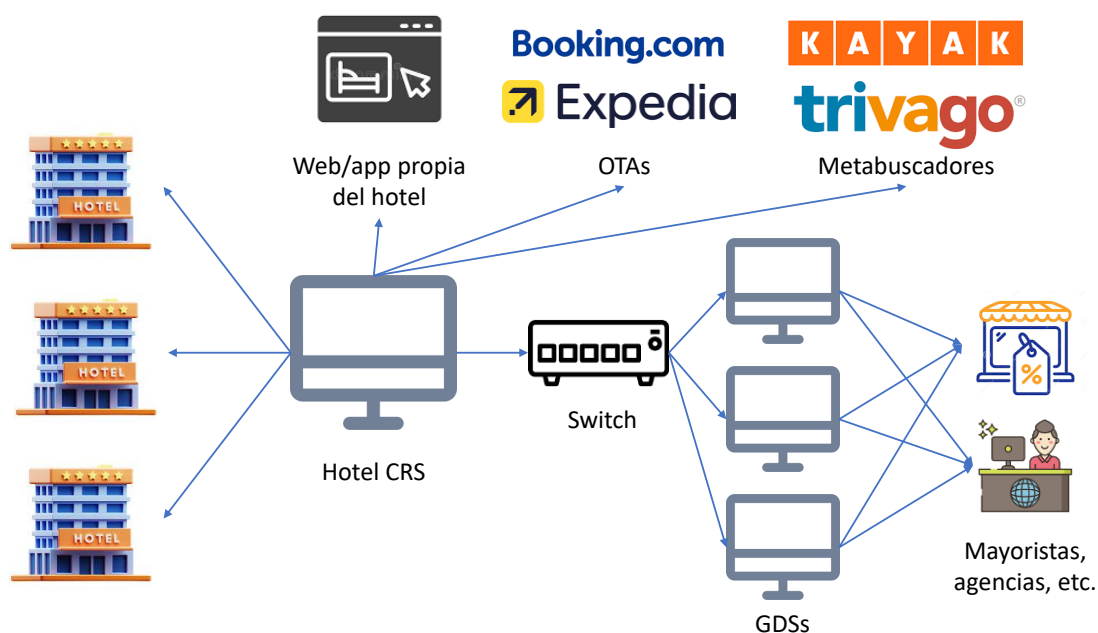
³³ Este grupo opera sitios web como rumbo.es, viajar.com y www.es.lastminute.com.

³⁴ Folio 3134.

³⁵ Véase la decisión de la Comisión Europea en la concentración M.8416 *The Priceline Group-Momondo Group Holdings*, párrafo 17.

- (44) El Gráfico 1 resume los principales canales de distribución en línea comentados. Cabe precisar que con el término CRS recogido en el gráfico se hace referencia a los sistemas centrales/informáticos de reservas (por sus siglas en inglés - *computerised central systems*-)³⁶ que emplean ciertas cadenas de hoteles y cooperativas de hoteles para proporcionar en línea su disponibilidad y gestionar sus tarifas.

Gráfico 1. Aproximación a la distribución en línea de inventario de hoteles



Fuente: elaboración propia

- (45) Como se ha señalado, por lo general, la retribución de la OTA proviene de una comisión calculada sobre el importe de las reservas intermediadas.³⁷ En este sentido, cabe distinguir dos tipos de modelos de negocios seguidos por las OTAs en función de cuando se produzca el pago de la reserva y a quién se realice:³⁸
- el modelo conocido como *retail*, de agencia o al por menor, por el cual el hotel establece su tarifa en la plataforma de la OTA, tarifa que ésta usará como precio de venta al público. La ganancia de la OTA es la comisión calculada sobre el importe de la reserva, comisión que el hotel le abonará tras el pago y

³⁶ Estos sistemas proporcionan, de modo continuo, inventario de habitaciones en tiempo real a tarifas dinámicas (fijadas por cada hotel).

³⁷ Folio 320, figura 2 (folio 2910, figura 2, versión no confidencial).

³⁸ Folio 331.

la estancia del consumidor final. BOOKING.COM es un ejemplo de OTA que ha seguido tradicionalmente este modelo, si bien más recientemente ha pasado a ofrecer a los hoteles la posibilidad de emplear el otro modelo que se expone a continuación (bajo el programa conocido como ‘Pago facilitado’);

- el modelo conocido como *merchant* o de comerciante, por el cual el cliente paga a la OTA en el momento de reservar el alojamiento y la OTA liquida la tarifa al establecimiento hotelero una vez que se ha producido la estancia del cliente. En este caso, el establecimiento hotelero otorga a la OTA una tarifa neta a la que se le suele aplicar un margen para determinar el precio de venta al público. El margen de beneficio para la OTA o la comisión se determina en el acuerdo de asociación de distribución entre el hotel y la OTA.³⁹ **EXPEDIA** es una OTA que emplea este modelo, [**CONFIDENCIAL**].

4. MERCADOS

4.1. Principios

4.1.1. Mercado de producto

- (46) La definición de mercado relevante trata de determinar los límites de la competencia entre empresas identificando las presiones competitivas inmediatas a las que se enfrentan.
- (47) El concepto de mercado de producto relevante implica que existe una competencia efectiva entre los bienes o servicios que forman parte del mismo, debido a que existe un grado suficiente de sustituibilidad entre ellos a tenor del uso específico de dichos bienes o servicios.
- (48) Un análisis de este tipo no se puede limitar a examinar las características objetivas de los bienes y servicios en cuestión, sino que también debe tener en cuenta las condiciones competitivas y la estructura de la oferta y la demanda.
- (49) En este sentido, las empresas se ven sometidas a tres fuentes principales de presiones competitivas: la sustituibilidad por el lado de la demanda, la sustituibilidad por el lado de la oferta y la competencia potencial.
- (50) Desde una perspectiva económica, para la definición del mercado relevante, según la recientemente revisada Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa de la Unión en materia de competencia (C/2024/1645) de 22 de febrero de 2024 (en adelante, **Comunicación sobre la definición del mercado**), la **sustituibilidad por el**

³⁹ Folio 2450.

lado de la demanda es el principal enfoque que ha de aplicarse para definir el mercado de producto de referencia, consistente en evaluar la sustituibilidad de los productos desde el punto de vista del cliente.⁴⁰ Por lo tanto, la sustituibilidad de los bienes o servicios a efectos de la definición del mercado relevante debe evaluarse principalmente desde la perspectiva de la demanda de los consumidores.

- (51) De cara a valorar dicha sustituibilidad se pueden tener en cuenta factores como:
- la naturaleza y las características técnicas de los bienes o servicios en cuestión,
 - las preferencias de los consumidores,
 - los costes y barreras de cambio,
 - los hechos observados en el mercado,
 - el historial del desarrollo de dichos bienes o servicios y
 - la práctica comercial de la empresa.⁴¹
- (52) Además, el hecho de que existan en el mercado empresas independientes especializadas en la fabricación y la venta del bien o servicio es un indicio significativo de la existencia de un mercado distinto para ese bien o servicio.⁴²
- (53) En ciertos casos también puede tenerse en cuenta la **sustituibilidad por el lado de la oferta** al definir mercados en ciertos casos (particularmente, en los casos en los que sus efectos son equivalentes a los de la sustituibilidad por el lado de la demanda en términos de eficacia y de respuesta inmediata). Se entiende que existe sustituibilidad por el lado de la oferta cuando determinados proveedores de otros productos pueden pasar a fabricar los productos de referencia y comercializarlos a corto plazo, sin incurrir en costes o riesgos adicionales significativos, en respuesta a pequeñas variaciones relativas en precios o condiciones de la demanda. Cuando se cumplan estas condiciones, dicha

⁴⁰ Párrafo 25 de la **Comunicación sobre la definición del mercado**.

⁴¹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Gran Sala) de 17 de septiembre de 2007, Microsoft, T-201/04, EU:T:2007:289, párrafo 925. Además, la Comunicación sobre la definición del mercado relevante, párrafos 38 a 43, señala también los siguientes elementos: elementos de prueba de una sustitución en un pasado reciente; ensayos cuantitativos específicamente concebidos para delimitar los mercados; opiniones de clientes y competidores; preferencias de los consumidores; obstáculos y costes relacionados con el desplazamiento de la demanda hacia productos sustitutivos; y diferentes categorías de clientes y discriminación de precios.

⁴² Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Gran Sala) de 17 de septiembre de 2007, Microsoft, T-201/04, EU:T:2007:289, párrafo 927.

producción adicional tendrá un efecto restrictivo sobre el comportamiento competitivo de las empresas afectadas.

- (54) La tercera fuente de presión competitiva, la **competencia potencial**, no se tiene en consideración para la definición del mercado, puesto que las condiciones en que la competencia potencial representará realmente una presión competitiva dependen del análisis de factores y circunstancias específicas relacionados con las condiciones de acceso. En caso necesario, este análisis no se lleva a cabo hasta una fase posterior, una vez que se haya determinado la posición de las empresas que participan en el mercado de referencia y dicha posición plantee problemas desde el punto de vista de la competencia.⁴³

4.1.2. Mercado geográfico

- (55) El mercado geográfico relevante comprende la zona en la que (i) las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los bienes y de prestación de los servicios en cuestión y (ii) las condiciones de competencia son lo suficientemente homogéneas, de modo que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalentes son sensiblemente distintas de aquéllas.⁴⁴

4.2. Aplicación al caso

- (56) A efectos del presente procedimiento, la definición de los mercados de producto se ha de realizar teniendo en cuenta que las prácticas objeto de análisis afectan a la prestación de servicios de intermediación a hoteles por parte de OTAs durante el periodo investigado.
- (57) En este sentido, cabe destacar que las OTAs con inventario hotelero propio (en virtud de contratos con hoteles por los cuales prestan servicios de intermediación de reservas en línea a dichos hoteles) operan lo que se conoce en la literatura económica como una plataforma de dos lados, ya que su sitio web pone en contacto a dos grupos de usuarios, que demandan sus servicios:
- Por un lado, los *hoteles* demandan los servicios de intermediación de reservas que ofrecen las OTAs para llegar al cliente final. Para ello los hoteles transmiten información a las OTAs sobre el contenido, tarifas y disponibilidad de sus habitaciones y las OTAs difunden y traducen a diversos idiomas estos contenidos en su sitio web y en sitios web asociados comercialmente. También ofrecen a los hoteles servicios de publicidad en línea, que ‘hacen’

⁴³ Comunicación sobre la definición del mercado relevante, párrafo 23.

⁴⁴ Comunicación sobre la definición del mercado relevante, párrafo 38.

visible en Internet al hotel, y de reserva en línea, permitiendo a los hoteles el acceso a consumidores tanto nacionales como internacionales. Estos servicios se facturan a través de comisiones que se definen como un porcentaje del precio minorista de la estancia, exigible en caso de reserva.

- Por otro lado, los *consumidores finales* demandan los servicios de búsqueda, comparación y reserva de hoteles que ofrecen las OTAs, servicios que las OTAs les ofrecen de forma gratuita.

(58) Lo anterior es especialmente relevante considerando que la Comunicación sobre la definición del mercado relevante indica que en presencia de plataformas multilaterales la Comisión:

“[...] puede definir mercados de productos de referencia independientes (aunque interrelacionados) para los productos que ofrece cada lado de la plataforma. Dependiendo de los hechos del caso, puede ser más conveniente definir mercados independientes cuando existan diferencias significativas en las posibilidades de sustitución de los distintos lados de la plataforma. Para evaluar si estas diferencias existen, la Comisión puede tener en cuenta factores como si difiere el hecho de que las empresas ofrezcan productos sustituibles para cada grupo de usuarios [...]”⁴⁵

(59) Teniendo en cuenta lo anterior y el análisis que se detalla a continuación, los **mercados afectados** por el presente expediente son:

- **la provisión de servicios de intermediación de reservas en línea a hoteles por parte de agencias de viajes en línea (OTAs), y**
- **la distribución minorista en línea de reservas hoteleras.**

4.2.1. Provisión de servicios de intermediación de reservas en línea a hoteles por parte de agencias de viajes en línea (OTAs)

(60) Las dos denuncias que han dado lugar a la incoación del presente expediente atañen a las reservas en línea en alojamientos de tipo hotelero (en adelante, hoteles).

⁴⁵ Comunicación sobre la definición del mercado relevante, párrafo 95. Al respecto, cabe señalar que la versión inglesa de la Comunicación parece tener un matiz distinto al ofrecido en la traducción oficial al español. En concreto, la versión inglesa señala lo siguiente: *“In the presence of multi-sided platforms, the Commission [...] may define separate (although interrelated) relevant product markets for the products offered on each side of the platform. Depending on the facts of the case, it may be more appropriate to define separate markets where there are significant differences in the substitution possibilities on the different sides of the platform. To assess whether such differences exist, the Commission may take into account factors such as whether the undertakings offering substitutable products for each user group differ.”* (subrayado añadido).

4.2.1.1. Mercado de producto

4.2.1.1.1. Los hoteles frente a otros servicios de viaje

- (61) Los precedentes comunitarios y de otros Estados miembros aplicando el TFUE han **diferenciado el alojamiento de tipo hotelero de otros tipos de servicios de viaje**, lo cual es extensible a los paquetes de vacaciones (que combinan la estancia hotelera con otros productos de viaje).⁴⁶
- (62) Así, en la concentración M.8416 *The Priceline Group/Momondo Group Holdings*, la Comisión Europea (**CE**) concluyó que era necesario considerar una segmentación de mercados, dentro de las OTAs, por tipo de servicios de viaje (vuelos, hoteles, paquetes vacacionales, alquiler de coches, etc.), dada la opinión en este sentido de la mayoría de los que respondieron al test de mercado.⁴⁷
- (63) En términos semejantes a su decisión en la concentración M.8416 *The Priceline Group/Momondo Group Holdings*, se pronuncia la CE en su posterior decisión en la concentración M.9005 *Booking Holdings/HotelsCombined*.⁴⁸
- (64) Las autoridades nacionales de competencia de algunos Estados miembros⁴⁹ también han distinguido entre hoteles, vuelos y alquiler de coches, habida cuenta de que no son intercambiables desde el punto de vista del consumidor y de que las OTAs y MSS a menudo se especializan en un tipo de servicio de viaje, sin perjuicio de que exista cierta complementariedad entre los diferentes tipos de servicios de viaje desde el lado de la oferta, ya que los consumidores pueden preferir organizar la totalidad de su viaje o vacaciones en un único punto (en inglés, “one-stop” shop).
- (65) Cabe plantearse en este estadio, si, **de acuerdo con lo alegado por BOOKING.COM⁵⁰, los hoteles y los alquileres de alojamientos turísticos de**

⁴⁶ Los paquetes de vacaciones son creados por turoperadores.

⁴⁷ Decisión de la CE, de 17 de julio de 2017, en el caso COMP/M.8416 - *The Priceline Group/Momondo Group Holdings*, párrafos 46 y siguientes, donde se recogen los motivos que aportaron para considerar mercados más estrechos por tipo de servicios de viaje.

⁴⁸ Decisión de la CE, de 23 de octubre de 2018, en el caso COMP/M.9005 - *Booking Holdings/HotelsCombined*, párrafo 52.

⁴⁹ Por ejemplo, la decisión de la autoridad de competencia británica (antigua Office of Fair Trading), de 14 de mayo de 2013 (ME/5882-12), relativa a la adquisición por Priceline.com de Kayak Software Corporation, párrafo 31; y las decisiones de la autoridad alemana de competencia, de 20 de diciembre de 2013, relativa a HRS, y, de 23 de diciembre de 2015, relativa a Booking.com.

⁵⁰ Folio 318 (folio 2908 versión no confidencial) de las alegaciones al PCH y folios 6995 a 7000 (folios 7120 a 7125 versión no confidencial) de las alegaciones a la PR.

corta duración formaron parte del mismo mercado de producto durante el periodo objeto de investigación.

- (66) Para realizar este ejercicio, es preciso emplear como marco temporal de la definición de mercado el periodo cubierto por el presente expediente lo cual obliga a excluir consideraciones sobre la situación desde que se fijaron los hechos imputados en el PCH y la evolución prevista en un futuro.
- (67) Al respecto, a juicio de este Consejo, **la evidencia disponible no permite concluir que hoteles y alquileres de alojamientos turísticos hayan formado parte del mismo mercado de producto durante el periodo objeto del expediente** y ello por los siguientes motivos:
- (68) **En primer lugar, la nomenclatura estadística de actividades económicas desarrollada por la UE (NACE) separa, a efectos de contabilización, ambas actividades:**
- Código 55.1 (armonización según CNAE y CNPA), referido a hoteles y alojamientos similares, que se define como la provisión de alojamiento, normalmente por días o semanas, principalmente para estancias cortas de turistas. Comprende la provisión de alojamiento en habitaciones o suites amuebladas. El servicio comprende la limpieza y el arreglo diario de la habitación. Pueden ofrecer otros servicios como servicios de comida y bebida, estacionamiento, lavandería, piscina y gimnasio, instalaciones recreativas, así como salas de conferencias y convenciones. Esta clase comprende el alojamiento que ofrecen hoteles, complejos turísticos, apartoteles y moteles.
 - Código 55.2, referido a alojamientos turísticos y otros alojamientos de corta estancia, que se define como la provisión de alojamiento, normalmente por días o semanas, principalmente para estancias cortas de turistas, en espacios con entrada independiente que constan de habitaciones amuebladas o zonas para estar, comer y dormir, con instalaciones para cocinar o con cocinas totalmente equipadas. Puede tratarse de pisos o apartamentos en pequeños edificios o grupos de edificios, de varias plantas e independientes, o bien de bungalows, chalés o casas de campo y cabañas de una sola planta. Los servicios complementarios que se ofrecen son mínimos o nulos. Esta clase comprende el alojamiento que ofrecen campamentos y otras casas de vacaciones, apartamentos y bungalows, casas de campo y cabañas sin servicios de limpieza y similares, albergues juveniles y refugios de montaña.

- (69) En sus alegaciones⁵¹ BOOKING.COM reitera que el empleo de los códigos NACE para identificar mercados distintos no resultaría idóneo porque existen ejemplos de mercados en los que el código NACE y el mercado relevante no coinciden y, en particular, casos de que un mercado de producto engloba varios códigos NACE.
- (70) En relación con esta alegación, cabe remitirse a lo indicado por la Dirección de Competencia, esto es, que se emplean dichos códigos como un elemento adicional, no concluyente por sí mismo, que, unido a los demás elementos que se exponen en la presente sección, conducen a constatar que los hoteles y alquileres de alojamientos turísticos pertenecen a mercados de producto distintos. En particular, el hecho que ambos tipos de alojamiento aparezcan bajo distintos códigos sirve para poner de manifiesto que, incluso a efectos estadísticos, ambos tipos de alojamientos revisten diferencias suficientes que motivan que se engloben en códigos NACE distintos.
- (71) **Por todo ello no se puede acoger la alegación de BOOKING.COM de que el hecho de que existan distintos códigos NACE no es revelador de ciertas diferencias entre ambos tipos de alojamiento.**
- (72) **En segundo lugar, la anterior distinción estadística ya señala diferencias notables en las características existentes entre hoteles y alojamientos turísticos, lo que determina que satisfagan distintas necesidades:**
- por un lado, el nivel de servicios suele ser más amplio en los hoteles (por ejemplo, en términos de conserjería, personal, limpieza diaria, instalaciones comunes, restauración...);
 - por otro lado, los alojamientos turísticos atañen a viviendas, de mayor o menor tamaño, que van más allá de la mera habitación del hotel, lo cual determina que su público potencial sea principalmente grupos o familias.
- (73) BOOKING.COM en sus alegaciones a la PR⁵² reitera que las citadas diferencias en nivel de servicios o instalaciones no distinguirían a los hoteles de los alquileres de alojamientos turísticos. Indica que, aunque algunas características fueran diferentes, no lo son lo suficiente como para considerar que pertenezcan a mercados diferentes. Para BOOKING.COM, los clientes deciden qué tipo de alojamiento reservar basándose principalmente en el precio.
- (74) Por lo que se refiere a esta alegación, las diferentes características entre ambos tipos de alojamiento son muy relevantes. Resulta incontrovertido que el nivel de

⁵¹ Folios 6995 a 6996 (folio 7121 no confidencial) de su escrito de alegaciones a las PR.

⁵² Folio 6996 (folio 7121 no confidencial).

servicios (consejería, personal, limpieza diaria, restauración...) e instalaciones comunes es mucho más elevado en un hotel que en un alojamiento turístico. Por otro lado, el hecho de que los consumidores a la hora de contratar su alojamiento en un hotel o en un apartamento turístico consideren como una de las variables el precio de ambas opciones no invalida que cada tipo de alojamiento, por sus propias características, se preste mejor a satisfacer las necesidades de distintos grupos de consumidores en función de la distinta experiencia buscada, tal y como reconoce BOOKING.COM en sus alegaciones al PCH⁵³, lo que viene a evidenciar que se trata de mercados distintos. Además, BOOKING.COM reconoce en su proceder comercial que hoteles y alojamientos turísticos tienen demandas distintas, pues internamente, cuando calcula la demanda prevista de un alojamiento [CONFIDENCIAL], lleva a cabo dicho cálculo separadamente para las ambas categorías de alojamientos.

(75) **Por todo ello no se puede acoger la alegación de BOOKING.COM de que las prestaciones de hoteles y apartamentos turísticos no difieran lo suficiente como para considerarse como mercados distintos.**

(76) **En tercer lugar, mientras que los proveedores de alojamiento de tipo hotelero son de tipo profesional (distinguiéndose entre hoteles independientes y cadenas hoteleras), no ocurre lo mismo con los alquileres de alojamiento turístico, donde no es infrecuente que el proveedor sea un particular, cuya actividad económica principal no sea dicho alquiler, lo que determina que los derechos como consumidor sean distintos, tal y como subraya la propia BOOKING.COM en su sitio web⁵⁴.**

“Los anfitriones que se han registrado en Booking.com como particulares son personas que alquilan su alojamiento o alojamientos por motivos ajenos a su oficio, negocio o profesión. No son anfitriones profesionales en términos legales (como una cadena hotelera global) y, por tanto, no se rigen por las mismas normas de protección al consumidor que contempla la legislación de la UE.”

(77) **En cuarto lugar, y en esta misma línea, cabe señalar que la regulación a la que están sometidos los establecimientos de tipo hotelero y los alojamientos turísticos en España no es idéntica, lo cual determina estándares y clasificaciones distintas entre unos y otros.** Así, a diferencia de los establecimientos hoteleros, los alquileres de alojamientos turísticos no cuentan con una regulación general (en 2013 se excluyó a este tipo de inmuebles de la regulación general del alquiler) dependiendo de la normativa de cada

⁵³ Folio 5531.

⁵⁴ Términos y condiciones para clientes de BOOKING.COM para reservas realizadas antes del 14 de febrero de 2022, apartado ‘Ámbito y naturaleza de nuestro servicio’, folio 4816.

comunidad autónoma, lo cual provoca una regulación heterogénea de una comunidad a otra.

- (78) **En quinto lugar, como se ha indicado en el párrafo (74), BOOKING.COM reconoce calcular la demanda prevista de un alojamiento [CONFIDENCIAL], separadamente para las siguientes categorías de alojamientos: [CONFIDENCIAL].**
- (79) BOOKING.COM justifica dicho tratamiento diferenciado en que *“los clientes pueden estar buscando un tipo concreto de alojamiento a la hora de elegir su estancia”*.⁵⁵ De hecho, en el ejemplo que aporta BOOKING.COM [CONFIDENCIAL], la categoría de alojamiento doméstico aparece titulada como ‘casa’, lo cual muestra su asimilación a un alquiler turístico.⁵⁶
- (80) BOOKING.COM reitera en sus alegaciones a la PR que la distinción que hace entre hoteles y alojamientos alternativos no afectaría al servicio de intermediación que presta [CONFIDENCIAL WEB] ⁵⁷. Además, BOOKING.COM y otras OTAs muestran en sus clasificaciones de resultados por defecto a hoteles y alquileres de alojamientos turísticos entremezclados.
- (81) Sin embargo, ninguna afirmación realizada por BOOKING.COM en este sentido desvirtúa la conclusión alcanzada de que hoteles y los alquileres de alojamientos turísticos de corta duración son mercados distintos, lo cual se evidencia en el hecho de que:
- BOOKING.COM calcula la demanda prevista de un alojamiento separadamente con arreglo a dichas categorías, lo cual implica su reconocimiento de que tienen demandas distintas; y
 - BOOKING.COM ha justificado dicho tratamiento diferenciado en que *“los clientes pueden estar buscando un tipo concreto de alojamiento a la hora de elegir su estancia”*.⁵⁸
- (82) **Por todo ello no se puede acoger la alegación de BOOKING.COM de que la distinción interna que ella misma realiza no sea un elemento más que apunte a las diferencias entre distintos tipos de alojamientos.**
- (83) **En sexto lugar, en la medida en que cabe definir un mercado de producto relativo a la prestación de servicios de intermediación de reservas en línea a hoteles por parte de OTAs (tal y como se analizará posteriormente en**

⁵⁵ Folio 3993.

⁵⁶ Folio 3994.

⁵⁷ Folios 6997 a 6998 (folios 7122 a 7123 no confidencial).

⁵⁸ Folio 3993.

sección 4.2.1.1.4), los precedentes que se analizarán más adelante están reconociendo, de forma implícita, que la distribución en línea de alojamiento de tipo hotelero forma parte de un mercado de producto distinto de aquel relativo a alojamiento no hotelero (i.e., alquiler de alojamientos turísticos).⁵⁹

- (84) BOOKING.COM alega que existe un alto grado de solapamiento de precios entre los tres tipos de alojamiento (cadenas hoteleras, hoteles independientes y alojamientos turísticos), que tendrían precios similares. Al respecto, ha aportado un gráfico con la distribución de los precios medios de tres tipos de alojamientos en su sitio web relativos a 2022.⁶⁰ Basándose en ello, BOOKING.COM esgrime que los consumidores, para un nivel de precios, pueden encontrar alternativas viables entre los distintos tipos de alojamientos, lo cual significaría que los clientes finales ven los hoteles y los alquileres de alojamientos turísticos como sustituibles.
- (85) Con respecto a esta alegación, cabe señalar que el análisis del precio medio de cada tipo de alojamiento aportado por BOOKING.COM no resulta útil a efectos de la definición del mercado dadas las notables diferencias de calidad y de características presentes, no solo entre hoteles y alojamientos turísticos, sino también dentro de cada tipo de alojamiento: por ejemplo, dentro de la categoría ‘hotel’ se incluye una pensión y un hotel 5 estrellas.
- (86) En cualquier caso, el supuesto grado de solapamiento alegado por BOOKING.COM no es tal, habida cuenta que, según el gráfico aportado:
- El precio medio de las cadenas hoteleras se encuentra concentrado en el rango alto de las tarifas consideradas.
 - Los hoteles no incluidos en cadenas se encuentran en su mayoría en el rango bajo de las tarifas.
 - Los alquileres de alojamientos turísticos se encuentran más representados en el rango medio de tarifas.
- (87) **Por todo ello no se puede acoger la alegación de BOOKING.COM de que su análisis de precios medios invalide el análisis realizado sobre los distintos mercados de producto en que se incardinan los hoteles y los alquileres de alojamientos turísticos de corta duración.**

⁵⁹ Véase, a título de ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior Regional de Düsseldorf de 9 de enero de 2015, *HRS vs Bundeskartellamt* (párrafo 50).

⁶⁰ Folios 5531 y 5532 (folios 5626 y 5627 versión no confidencial).

- (88) BOOKING.COM también reitera en sus alegaciones a la PR que los consumidores tienen en cuenta tanto los hoteles como otros alojamientos a la hora de planificar un viaje, porque utilizarían indistintamente OTAs especializadas en hoteles y OTAs especializadas en alojamientos alternativos⁶¹. A título de ejemplo, BOOKING.COM cita el caso de AIRBNB (OTA especializada en alquileres de alojamientos turísticos), que habría informado de que el 90% de sus clientes que utilizaron su plataforma para reservar un hotel y posteriormente volvieron a su plataforma para reservar un segundo viaje, lo reservaron en una casa.⁶²
- (89) En relación con esta alegación, cabe reiterar lo mismo que indicó la DC en la PR, en el sentido de que el ejemplo citado de AIRBNB no es relevante a efectos de la definición de mercado de hoteles y alquileres de alojamientos turísticos por varias razones:
- Las necesidades del viaje no son necesariamente las mismas de un viaje a otro, por lo que la comparación no resulta útil.
 - El dato citado por BOOKING.COM simplemente señala que el segundo viaje contratado en AIRBNB por alguien que ha contratado antes un hotel es un alojamiento alternativo, lo cual no es de extrañar en una plataforma como AIRBNB cuyo fuerte en inventario es precisamente su oferta de alquileres de alojamientos turísticos.
- (90) **Por todo ello no se puede acoger la alegación de BOOKING.COM de que los consumidores tengan en cuenta indistintamente tanto los hoteles como otros alojamientos.**
- (91) BOOKING.COM también considera que existe un potencial considerable para que las OTAs especializadas en hoteles pasen a ofrecer alojamientos alternativos (y viceversa)⁶³, a tenor de que ofrecen la misma funcionalidad, sin importar el tipo de alojamiento, y de que las OTAs más grandes ofrecen ambos tipos de alojamiento. BOOKING.COM considera que la facilidad con la que estas OTAs ampliaron su oferta para incluir ambos tipos de alojamiento sugiere que es relativamente fácil para una OTA especializada en un tipo de alojamiento ofrecer otros tipos de alojamiento, lo que implica que el mercado debería incluir todos los tipos de alojamiento.

⁶¹ Folios 6999 a 7000.

⁶² Según el artículo disponible en <https://skift.com/2019/03/07/airbnb-is-buying-hoteltonight-heres-what-that-means/> se indica que: “The company [AIRBNB] said nearly 90 percent of guests who first used Airbnb to book a hotel room and then returned to Airbnb for a second trip would wind up booking a home instead of a hotel.”

⁶³ Folios 6999 a 7000 de sus alegaciones a la PR.

(92) Sin embargo, no puede acogerse esta alegación por los siguientes motivos:

- BOOKING.COM se limita a afirmar que los casos en los que una OTA amplió su oferta de un tipo de alojamiento a otra, la ampliación se produjo con ‘facilidad’, sin aportar mayor prueba de ello. En particular, BOOKING.COM omite que los tres ejemplos que cita (AIRBNB, Grupo Expedia -Vrbo- y Booking.com) constituyen las mayores OTAs del mercado y las que tienen mayores recursos para acometer la ampliación.
- En realidad, para poder considerar que existe sustituibilidad por el lado de la oferta al definir un mercado, hay que atenerse a lo que establece la Comunicación sobre la definición de mercado, que señala lo siguiente:

“33. Las condiciones necesarias para que el mercado se amplíe sobre la base de la sustitución de la oferta son que la mayoría, si no todos los proveedores puedan sustituir la fabricación de unos productos por la de otros dentro de la gama de productos conexos; que los proveedores solo incurran en riesgos o costes irrecuperables cuando cambien de producción; que los proveedores tengan incentivos para hacerlo cuando cambien las condiciones de la demanda o los precios relativos; y que puedan comercializarlos de forma eficaz a corto plazo.” (subrayado propio) [...]

36. Cuando solo una parte de los proveedores tienen la capacidad y el incentivo para cambiar su producción y ofrecer los productos de manera efectiva a corto plazo, y estarían dispuestos a hacerlo, no procede incluir la gama de productos en el mismo mercado de referencia.” (subrayado añadido)

- Por su parte, en relación con los obstáculos y costes asociados a la sustitución de la oferta indica que

“61. Al valorar la posibilidad de ampliar el mercado sobre la base de la sustitución de la oferta, la Comisión tiene en cuenta varios obstáculos y costes. [...] puede ser pertinente la información sobre la existencia de obstáculos legales o administrativos, como la necesidad de poseer una licencia concreta, u obstáculos de carácter estratégico que puedan afectar a la sustitución de la producción o de la oferta, como los vínculos contractuales o los acuerdos de exclusividad. La Comisión también analiza los incentivos de las empresas para sustituir su producción o su oferta, en particular si esa sustitución conllevase una pérdida en las ventas de otros productos, así como su voluntad de sustituirlas. [...] cuando estos obstáculos o costes no son insignificantes, la Comisión tiene en cuenta las presiones de la competencia (si las hubiera) que ejercen esas empresas como parte de la valoración de la competencia, en lugar de ampliar el mercado de referencia.” (subrayado añadido)

- BOOKING.COM no prueba ninguno de los extremos indicados en la Comunicación de cara a poder tener en cuenta la sustituibilidad de la oferta al definir el mercado. Más bien, la evidencia apunta a lo contrario, a tenor de los plazos, recursos dedicados y costes que conlleva incorporar una cartera

propia suficientemente numerosa de hoteles desde cero y la importancia de las inversiones en este mercado. Tampoco se aporta evidencia alguna de una relevante sustitución de la oferta en el pasado entre ambos mercados, encontrándose determinadas OTAs como AIRBNB mayoritariamente centradas en el alojamiento de apartamentos turísticos y otras OTAs como BOOKING.COM en ofrecer plazas hoteleras.

(93) **Por todo ello no se puede acoger la alegación de BOOKING.COM de que las OTAs tengan en general una gran facilidad para pasar a incluir los distintos tipos de alojamientos.**

(94) Por último, BOOKING.COM cita dos tipos de fuentes para alegar que los hoteles y alquileres competirían en el mismo mercado⁶⁴:

- un artículo⁶⁵ en el que Phocuswright, analista del sector de viajes, afirmó en 2019 que *"la línea entre hoteles y estancias en casas se están difuminando"* y que *"realmente hay que pensar en ello como 'alojamiento', porque es ahí donde se está produciendo esta convergencia, y no creo que vayamos a tener estas definiciones dentro de unos años"* (traducción de BOOKING.COM), y
- las declaraciones de hoteles españoles denunciando la competencia desleal de los alquileres de alojamientos turísticos (que incluso atribuirían el descenso de reservas hoteleras al aumento de alojamientos privados).⁶⁶

(95) Por lo que se refiere a esta alegación, las fuentes citadas por BOOKING.COM versan sobre opiniones de agentes del mercado, por lo que se ha de valorar si las mismas resultan útiles en el ejercicio de definición de mercado tal y como aparece definido en la normativa de defensa de competencia:

- Por lo que se refiere a las declaraciones de PHOCUSWRIGHT, una lectura del artículo en el que aparecen recogidas revela que las mismas se basan en argumentos que han sido alegados anteriormente por BOOKING.COM, por lo que no aportan un elemento adicional que desvirtúe el análisis recogido en esta resolución, amén de que se trata de declaraciones relativas al mercado

⁶⁴ Folio 7000.

⁶⁵ Disponible en <https://www.npr.org/2019/05/01/718662899/lodging-look-alikes-hotels-airbnb-check-into-each-others-turf>

⁶⁶ BOOKING.COM cita como apoyo los siguientes artículos de prensa en línea:
https://www.finanzas.com/hemeroteca/nh-denuncia-la-competencia-desleal-de-plataformas-como-airbnb_13493235_102.html
https://www.elconfidencial.com/espana/madrid/2018-05-08/san-isidro-hoteleros-pisos-turisticos-airbnb-madrid_1560519/

estadounidense, mercado con una dinámica y estructura distinta, motivo por el cual su aplicabilidad al caso español no resulta automática.

- Por lo que se refiere a las denuncias de competencia desleal de los hoteles hacia los alquileres de alojamientos turísticos, el contenido de las mismas no permite por sí solo sostener una definición de mercado más amplia, tal y como pretende BOOKING.COM, sobre todo a la luz de las notables diferencias que presentan hoteles y alquileres de alojamientos turísticos en términos de características, servicios e instalaciones comunes, diferencias que conducen a que ambos tipos de alojamientos respondan a diferentes demandas, hecho que ha reconocido la propia BOOKING.COM (véase párrafo (88)).⁶⁷

(96) *A fortiori*, cabe subrayar que la decisión de la CE en la concentración M.10615 *Booking Holdings/Etravelli Group*, que engloba el mercado español, refrenda la definición de mercado contenida en la presente resolución, pues dicha decisión ha considerado que la operación habría fortalecido la posición dominante de BOOKING.COM en el mercado de OTAs de hoteles, lo cual evidencia que **la CE consideró que los alquileres de alojamientos turísticos no pertenecen al mismo mercado de producto que los hoteles**.⁶⁸

(97) **Por todo ello no se puede acoger la alegación de BOOKING.COM de que dichas fuentes (citadas en el párrafo (94)) apunten a que los hoteles y alquileres competirían en el mismo mercado.**

(98) En definitiva, a la luz de lo anterior (es decir, la aplicación de los precedentes al caso actual y el análisis del contexto jurídico y económico), este Consejo considera **la demanda de alojamientos de tipo hotelero como diferenciada de la demanda de alquileres de alojamientos turísticos.**

4.2.1.1.2. La distribución en línea frente a la distribución física

(99) La conclusión de que **la distribución de servicios de viajes a través de canales en línea (*online*) constituye un mercado separado de la distribución de servicios de viajes a través de otros canales (*offline*)** (de acuerdo con los datos y argumentos que se recogen en los párrafos (105) y siguientes), se ve confirmada por precedentes comunitarios y de otros Estados miembros en aplicación del TFUE.

⁶⁷ Folio 3993.

⁶⁸ Véase la nota de prensa de la CE, de 25 de septiembre de 2023, por la que anunció su decisión de prohibir dicha concentración, dado que el texto de la decisión no es público a fecha de la presente resolución
https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_4573

- (100) En este sentido, cabe citar de nuevo la concentración M.8416 *The Priceline Group/Momondo Group Holdings*⁶⁹, en la que la mayoría de los que respondieron al test de mercado, y que se posicionaron al respecto, consideraron que la distribución de servicios de viajes a través de canales en línea constituye un mercado separado de la distribución de servicios de viajes a través de otros canales. A la luz de lo anterior, la CE halló evidencia que apuntaba a la existencia de un mercado separado para la intermediación en línea de servicios de viajes.
- (101) BOOKING.COM alega que la citada concentración M.8416 *The Priceline Group/Momondo Group Holdings* dejó abierta la cuestión de si la intermediación de servicios de viajes en línea constituye un mercado separado de la intermediación de servicios de viajes a través de establecimientos físicos.
- (102) Frente a lo anterior, cabe recalcar que, aunque dicha concentración no cerró el mercado aduciendo motivos prácticos, no es menos cierto que la CE halló evidencia que apuntaba a la existencia de un mercado separado para la intermediación en línea de servicios de viajes.
- (103) En este mismo sentido se pronuncia la decisión de la autoridad alemana en el asunto HRS, que llega a la conclusión de que los canales fuera de línea y en línea son complementarios⁷⁰, observando que:
- los canales en línea satisfacen diferentes necesidades (por ejemplo, cuando un cliente final emplea una agencia de viajes física, ello puede obedecer a la calidad del asesoramiento profesional que se requiere);
 - mientras que las reservas fuera de línea están estancadas, las reservas por internet han crecido de forma continua, al permitir internet a los usuarios una búsqueda rápida y precisa del servicio deseado con independencia del lugar y tiempo.
- (104) La decisión de la autoridad italiana de competencia, de 21 de abril de 2015, en el asunto Booking.com,⁷¹ destacó, en este sentido:
- las preferencias de los consumidores finales, dado el crecimiento exponencial en importancia de las reservas hoteleras en línea comparado con aquellas realizadas en puntos físicos de venta en agencias de viajes tradicionales;

⁶⁹ Decisión de la CE, de 17 de julio de 2017, en el caso COMP/M.8416 - *The Priceline Group/Momondo Group Holdings*, párrafo 19.

⁷⁰ Decisión de la autoridad alemana de competencia, de 20 de diciembre de 2013, relativa a HRS (párrafo 76 y siguientes).

⁷¹ Decisión de la autoridad italiana de competencia, de 21 de abril de 2015, en el asunto Booking.com, párrafo 9.

- el diferente nivel de las comisiones de agencia aplicadas a los hoteles en los canales en línea y físicos, y/o los diferentes niveles de servicios provistos;
- la posibilidad que tienen los hoteles de alcanzar, a través de las OTAs, un número muchísimo más elevado de clientes potenciales que bajo los canales fuera de línea.

(105) A juicio de esta Sala, las conclusiones alcanzadas en los precedentes resultan aplicables al presente caso. En particular, las características específicas que reúne la venta en línea motivan que este canal deba ser tratado de forma diferenciada, dado que no es sustitutivo de la venta tradicional (fuera de línea). Concretamente, los canales en línea cuentan con funciones como “*buscar, comparar y reservar*” que influyen de forma determinante en la contratación por esta vía por parte de los consumidores finales, lo cual no ocurre con las relaciones contractuales directas con los hoteles o las “*fuera de línea*” a través de otros intermediadores. Además, en el caso de las OTAs, para distribuir a través del canal en línea, se requiere realizar una cuantiosa inversión para su desarrollo tecnológico y publicitario.

(106) Ello se ve refrendado por las respuestas dadas por una muestra de hoteles situados en España a un requerimiento remitido por la DC, en el marco de la instrucción del expediente, para conocer cómo responderían dichos hoteles ante un aumento pequeño, pero significativo, y no transitorio de la comisión que les cobran todas las OTAs por reserva intermediada (el conocido como test del monopolista hipotético o SSNIP test)⁷². Las respuestas recibidas por el órgano instructor muestran que los hoteles no ven a los canales fuera de línea como sustitutivos de aquellos en línea: preguntados por la sustituibilidad de un canal en línea como es el canal OTA, los hoteles no se plantean abandonar de forma significativa dicho canal en beneficio de canales fuera de línea (véase para mayor detalle los párrafos (176) y siguientes).

(107) BOOKING.COM cuestiona la validez de este ejercicio aduciendo varios motivos:

- la supuesta ambigüedad de las respuestas, pues no estaría claro si los hoteles, al mencionar el canal directo en sus respuestas, se referían al canal online, al canal offline o a ambos;

⁷² Tal y como indica la Comunicación revisada sobre la definición de mercado en su párrafo 29: *“El criterio teórico que suele utilizarse para determinar si el mercado candidato constituye un mercado de producto de referencia es si un monopolista hipotético en el mercado candidato podría ejercer poder de mercado. Esta cuestión puede evaluarse preguntándose si un monopolista hipotético en el mercado candidato consideraría rentable que se produjera un aumento pequeño, pero significativo y no transitorio, del precio («prueba del monopolista hipotético, SSNIP»)”*.

- no se aclararía si está analizando la sustituibilidad entre el canal fuera de línea y los servicios OTA, o con la distribución en línea de alojamientos en general.
- (108) Frente a estas alegaciones, cabe señalar que la supuesta ambigüedad de las respuestas de los hoteles en relación con las respuestas relativas al canal directo del ejercicio del test del monopolista hipotético no afecta a las conclusiones del ejercicio a nivel práctico. Así, al preguntar la DC a los hoteles si sustituirían los servicios de intermediación de reservas en línea que prestan las OTAs por otro canal ante un aumento de la comisión, las respuestas muestran que dicho aumento de la comisión resultaría rentable para las OTAs (al menos en el 66,6% de los casos). Por ello ningún canal, ya sea en línea o físico, emerge como sustitutivo para los hoteles frente a los servicios de intermediación de reservas en línea que prestan las OTAs.
- (109) Por lo que se refiere a la falta de claridad sobre si está analizando la sustituibilidad entre el canal *offline* y los servicios OTAs o con la distribución *online* de alojamientos en general, esta Sala aclara, con base en el repaso de precedentes aplicables referidos tanto en el PCH como en la PR, y haciendo una lectura de contexto, que el análisis realizado se refiere a que la distribución en línea de alojamiento de tipo hotelero pertenece a un mercado de producto distinto a aquél que comprende los canales fuera de línea.
- (110) **Por ello, no se puede acoger que la alegación de BOOKING.COM invalide el ejercicio de sustituibilidad realizado.**
- (111) En cualquier caso, es preciso tener presente que, en la medida en que cabe definir un mercado de producto relativo a la prestación de servicios de intermediación de reservas en línea a hoteles por parte de OTAs (tal y como se analizará posteriormente en la sección 4.2.1.1.4, que establece que las OTAs constituyen un canal distinto al de otros canales en línea), los argumentos que se exponen más adelante para definir el mercado mencionado sirven también para fundamentar, de forma implícita, que la distribución en línea de alojamiento de tipo hotelero forma parte de un mercado de producto distinto de aquel que comprende los canales fuera de línea.⁷³ En particular, en dicha sección 4.2.1.1.4 se subrayan las ventajas que ofrecen las OTAs a los hoteles frente a otros canales de distribución (entre ellos, físicos (párrafos (140) y (153) a (155)), ventajas especialmente valiosas para los hoteles pequeños e independientes (párrafos (139) y (156) a (158)).

⁷³ Véase, a título de ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior Regional de Düsseldorf de 9 de enero de 2015, *HRS vs Bundeskartellamt* (párrafo 50).

- (112) BOOKING.COM reitera en sus alegaciones a la PR que distintos precedentes que apoyarían la consideración conjunta de la distribución hotelera tanto física como en línea⁷⁴:
- la decisión de la CE en caso COMP/M.8862 *GBT/HRG*, en la que la CE consideró que, a efectos de dicha decisión, el mercado de prestación de servicios de agencias de viajes de negocios incluía tanto los canales en línea como físicos.⁷⁵
 - las decisiones de la CNMC en las concentraciones *Barceló/Deneb*⁷⁶ y *VECI/Logitravel*⁷⁷, en los que las agencias de viajes en línea y tradicionales se consideraron parte del mismo mercado de producto.⁷⁸
- (113) Por lo que se refiere a los precedentes señalados por BOOKING.COM, este Consejo reitera lo indicado por la DC en la PR. En primer lugar, que la decisión de la CE en el caso COMP/M.8862 *GBT/HRG* no resulta aplicable al presente expediente porque su foco es la provisión de servicios de agencia de viajes a clientes empresariales y solo, a efectos de dicha tipología de clientes (empresariales), la decisión se pronuncia sobre la consideración conjunta de la distribución en línea y fuera de línea a efectos de definición del mercado. En cambio, en el presente expediente, el foco se centra en OTAs que se centran en todo tipo de clientes finales, principalmente minoristas, sin dirigirse de forma específica y limitada al cliente empresarial.
- (114) En relación con los precedentes de concentraciones de la CNMC referidos por BOOKING.COM, cabe señalar que
- en la resolución de la CNMC en la concentración *VECI/Logitravel* no hay un pronunciamiento expreso sobre la definición del mercado de agencias de viajes minoristas, sino que se limita a citar que precedentes (sin señalar cuáles) han considerado que las agencias de viajes en línea y tradicionales forman parte del mismo mercado de producto.⁷⁹

⁷⁴ Folio 7002.

⁷⁵ Decisión de la CE, de 13 de julio de 2018, en el caso COMP/M.8862 *GBT/HRG*, párrafo 33.

⁷⁶ Resolución de la CNMC de 8 de mayo de 2020, asunto C/1109/20 *Barceló/Deneb*.

⁷⁷ Resolución de la CNMC de 26 de octubre de 2021, asunto C/1240/21 *VECI/Logitravel*.

⁷⁸ En particular, BOOKING.COM cita la decisión de la CNMC de 8 de mayo de 2020, asunto C/1109/20 *Barceló/Deneb*, párrafo 94.

⁷⁹ Resolución de la CNMC de 26 de octubre de 2021, asunto C/1240/21 *VECI/Logitravel*. párrafo 45.

- en la resolución de la CNMC en la concentración *Barceló/Deneb*, la CNMC se limita a citar de nuevo precedentes sin pronunciarse expresamente a la hora de cerrar un mercado de producto.⁸⁰ Concretamente, dicha resolución cita
 - o Los informes de la Dirección de Competencia de la CNMC de 7 de marzo de 2014 en el expediente C/0557/14 *Springwater / Gowaii / Pullmantur* (Activos) y de la extinta Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Competencia (**CNC**) de 6 de febrero de 2013 en el expediente C/0492/13 *Globalia / Orizonia*.
 - o Decisiones de la CE de 13 de julio de 2018 en el asunto M.8862 GBT / HRG y de 28 de febrero de 2008 en el asunto *Telefónica / Turned Rumbo*.

En todo caso, por lo que se refiere a estos precedentes citados por BOOKING.COM, cabe señalar corresponde a fechas anteriores a 2015, por lo que se han visto superados por un precedente más reciente como el de la decisión de la CE en la concentración M.8416 *The Priceline Group/Momondo Group Holdings*, que, como se ha señalado (párrafo (100)), apoya la definición de mercado separada defendida por esta Sala. La única excepción a lo anterior es la decisión de la CE en el caso COMP/M.8862 *GBT/HRGK*, que, por los motivos expuestos en el párrafo anterior (113), no resulta aplicable al presente expediente. Además, los precedentes en expedientes sancionadores de otros Estados miembros que han abordado cláusulas contractuales de BOOKING.COM con hoteles aplicando el TFUE⁸¹, apoyan también la separación entre distribución en línea y física a efectos de definición del mercado (véanse los párrafos (103) y (104)).

- (115) Finalmente, en materia de precedentes aplicables al presente expediente, esta Sala recuerda que el debate sobre si la intermediación de servicios de viajes en línea constituye un mercado separado de la que se produce a través de establecimientos físicos, ha sido zanjado recientemente por la decisión de la CE en la concentración M.10615 *Booking Holdings/Etraveli Group*, que cubre el mercado español. Dicha decisión, que aborda directamente la actividad de BOOKING.COM (al ser la adquirente en dicha operación de concentración) refrenda la definición de mercado contenida en la presente resolución, pues ha considerado que la operación habría fortalecido la posición dominante de BOOKING.COM en el mercado de OTAs de hoteles, lo cual muestra que la CE

⁸⁰ Resolución de la CNMC de 8 de mayo de 2020, asunto C/1109/20 *Barceló/Deneb*, párrafo 94.

⁸¹ Decisión de la autoridad alemana de competencia, de 20 de diciembre de 2013, relativa a HRS (párrafo 76 y siguientes) y decisión de la autoridad italiana de competencia, de 21 de abril de 2015, en el asunto Booking.com, párrafo 9.

consideró que la distribución física de alojamiento hotelero no pertenece al mismo mercado de producto que la distribución en línea (a través de OTAs).⁸²

- (116) **Por ello, no cabe acoger la alegación de que la distribución física sea equiparable a la distribución en línea en el ámbito hotelero.**

4.2.1.1.3. Las OTAs frente a los MSS

- (117) La conclusión de que **la prestación de servicios de intermediación a hoteles por parte de OTAs constituye un mercado de producto relevante diferenciado de los servicios prestados por los MSS**⁸³ (de acuerdo con los datos y argumentos que se recogen en los párrafos (122) y siguientes), viene respaldada por precedentes comunitarios y de otros Estados miembros aplicando el TFUE.
- (118) Una vez más, cabe acudir a la decisión de la CE en la concentración M.8416 *The Priceline Group/Momondo Group Holdings*, en la que se recoge que parece que las OTAs y MSS ofrecen distintos servicios y, por lo general, operan sobre la base de modelos de negocio diferentes, a pesar de que ambos se encuentren activos en los servicios de intermediación en línea de servicios de viajes y traten de atraer clientes interesados en organizar sus viajes.⁸⁴ En particular, la CE señaló que los proveedores de MSS agregan y comparan precios, pero no ofrecen la posibilidad de reservar, redirigiendo los consumidores para ello a los TSP o a las OTAs.⁸⁵ Esos mismos argumentos se aplican en el presente caso, ya que las diferencias en los modelos de negocio y servicios provistos entre los proveedores de MSS y las OTAs se mantienen.
- (119) En términos semejantes a su decisión en la concentración M.8416 *The Priceline Group / Momondo Group Holdings*, se pronuncia la CE en su posterior decisión en la concentración M.9005 *Booking Holdings / HotelsCombined*.⁸⁶

⁸² Véase la nota de prensa de la CE, de 25 de septiembre de 2023, por la que anunció su decisión de prohibir dicha concentración, dado que el texto de la decisión no es público a fecha de la presente resolución
https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_4573

⁸³ Como principales MSS en el mercado, cabe señalar a Google, Trivago, Tripadvisor y Kayak (propiedad del Grupo Booking Holdings).

⁸⁴ Decisión de la CE, de 17 de julio de 2017, en el caso COMP/M.8416 - *The Priceline Group/Momondo Group Holdings*, párrafo 39.

⁸⁵ Decisión de la CE, de 17 de julio de 2017, en el caso COMP/M.8416 - *The Priceline Group/Momondo Group Holdings*, párrafo 24.

⁸⁶ Decisión de la CE, de 23 de octubre de 2018, en el caso COMP/M.9005 - *Booking Holdings/HotelsCombined*, párrafo 43.

- (120) En sus decisiones analizando las cláusulas de nación más favorecida (**cláusulas de NMF**)⁸⁷ contenidas en los contratos para la distribución en línea de alojamiento hotelero, las autoridades de competencia alemana⁸⁸, francesa⁸⁹, italiana⁹⁰ y sueca,⁹¹ así como el Tribunal Regional de Düsseldorf (en el recurso frente a la decisión de la autoridad alemana de competencia en el caso HRS),⁹² consideraron que las OTAs especializadas en la distribución de alojamiento hotelero pertenecían a un mercado separado, lo cual excluía implícita o explícitamente a los MSS.
- (121) En particular, la decisión de la autoridad de competencia alemana en el asunto Booking.com subraya (haciéndose eco de los planteamientos acogidos en este sentido por Tribunal Regional de Düsseldorf, en el recurso frente a la decisión en el caso HRS) que los MSS, a diferencia de las OTAs, no permiten la reserva del hotel, redirigiendo al consumidor final para ello a la propia página web del hotel o una OTA⁹³
- (122) A juicio de esta Sala, las conclusiones alcanzadas en los precedentes resultan aplicables al presente caso, confirmando la información recabada durante la instrucción del expediente. En primer lugar, es preciso tener en cuenta que **el inventario hotelero que ofrecen las MSS es, a fin de cuentas, el que ofrece el hotel a través de su propio sitio web o el puesto a disposición por el hotel a través de las OTAs**. En este sentido, Google Spain, S.L. ha confirmado, en el marco del expediente, que ni Google LLC ni ninguna otra entidad del grupo Alphabet (en adelante, conjuntamente GOOGLE) prestan servicios de reserva de hoteles, sino que proveen enlaces a páginas web de terceros, en las que el

⁸⁷ Las cláusulas de NMF o cláusulas de paridad son términos contractuales por los que las empresas se comprometen a equiparar las condiciones de compra o venta de sus productos o servicios a las ofrecidas por sus competidores.

⁸⁸ Decisiones de la autoridad alemana de competencia, de 20 de diciembre de 2013, relativa a HRS (párrafos 97 y siguientes), y, de 23 de diciembre de 2015, relativa a Booking.com (párrafo 145).

⁸⁹ Párrafo 44 y siguientes de la decisión 15-D-06 de la autoridad francesa de competencia en el asunto Booking.com.

⁹⁰ Decisión de la autoridad italiana de competencia, de 21 de abril de 2015, en el asunto Booking.com.

⁹¹ Párrafo 9 y siguientes de la decisión de la autoridad sueca de competencia, de 15 de abril de 2015, dirigida a BOOKING.COM.

⁹² Sentencia del Tribunal Superior Regional de Düsseldorf de 9 de enero de 2015, *HRS vs Bundeskartellamt* (párrafos 56 y siguientes).

⁹³ Decisión de la autoridad alemana de competencia, de 23 de diciembre de 2015, relativa a Booking.com (párrafo 145).

usuario puede hacer su reserva.⁹⁴ Ello confirma lo señalado por la decisión de la autoridad de competencia alemana en el asunto Booking.com (que, a su vez, se hacía eco de los planteamientos acogidos por Tribunal Regional de Düsseldorf, en el recurso frente a la decisión en el caso HRS), de acuerdo con lo recogido en el párrafo anterior.

- (123) Obsérvese, además, que **las OTAs figuran entre los principales clientes de los MSS, que se ven remuneradas por los clics que hacen los internautas sobre los resultados de comparación de hoteles que ofrecen, clics que redirigen a una OTA o el sitio web de un hotel.**
- (124) Con carácter adicional, en el marco de la instrucción del expediente, la DC requirió a una serie de hoteles ubicados en España, para conocer cómo responderían ante un aumento pequeño, pero significativo, y no transitorio de la comisión que les cobran todas las OTAs por reserva intermediada, para valorar la posible sustituibilidad por el lado de la demanda entre el canal OTA y los MSS para un hotel (SSNIP test). Las respuestas recibidas muestran que los hoteles no ven a los MSS como un canal que sustituya a las OTAs: solo dos de las catorce respuestas recibidas mencionan al canal MSS y solo una de ellas como alternativa que sustituiría al canal OTA (véase para mayor detalle los párrafos (177)).
- (125) **Por todo ello, procede mantener la conclusión de que las OTAs y MSS se encuentran en mercados de producto diferentes.**

4.2.1.1.4. Las OTAs frente a otros canales en línea (directo del hotel, turoperadores, mayoristas...)

- (126) La conclusión de que la **prestación de servicios de intermediación a hoteles por parte de OTAs constituye un mercado de producto relevante diferenciado de otros canales en línea** (de acuerdo con los datos y argumentos que se recogen en los párrafos (136) y siguientes), viene respaldada por precedentes establecidos en decisiones y sentencias de autoridades de competencia y tribunales de otros Estados miembros en aplicación del TFUE. Así cabe mencionar las decisiones de las autoridades de competencia

⁹⁴ En el pasado GOOGLE ofreció un servicio denominado “Reserva en Google para hoteles” que permitía a los usuarios permanecer en una página alojada en Google para completar su reserva con un tercero (si estos lo configuraban así), pero esta opción dejó de estar disponible a finales de mayo de 2022 (folio 1323).

alemana⁹⁵, francesa⁹⁶, y sueca⁹⁷, que analizan las cláusulas de paridad de precios (o de NMF) contenidas en los contratos entre hoteles y determinadas OTAs, consideraron como mercado de producto relevante la prestación de servicios de intermediación a los hoteles por parte de las OTAs.

- (127) En el caso alemán, esta definición de mercado se vio, además, refrendada por los tribunales.⁹⁸ Es más, BOOKING.COM, en el marco de los recursos judiciales a la decisión de la autoridad de competencia alemana que le afectó, no presentó objeciones a la definición de mercado señalada.⁹⁹
- (128) Concretamente, la decisión de la autoridad de competencia alemana en el asunto Booking.com, acogiendo lo señalado por el Tribunal Superior Regional de Düsseldorf en el recurso a la decisión HRS¹⁰⁰, consideró, como mercado de producto relevante, la prestación de servicios de intermediación a los hoteles por parte de OTAs (portales web de hoteles en la terminología de la decisión), mercado en el que las OTAs actúan como oferentes frente a los hoteles, que son los consumidores de este tipo de servicio (en este sentido, la decisión habla de mercado impulsado por la oferta). Este mercado relevante se diferencia de aquel de la provisión de reservas hoteleras a clientes finales (que, siguiendo la terminología anterior, se trataría de un mercado impulsado por la demanda).¹⁰¹
- (129) Como recoge la autoridad de competencia alemana en el citado caso,¹⁰² las OTAs ofrecen un conjunto de servicios:

⁹⁵ Decisiones de la autoridad alemana de competencia, de 20 de diciembre de 2013, relativa a HRS (párrafos 69 y siguientes), y, de 23 de diciembre de 2015, relativa a Booking.com (párrafos 136 y siguientes).

⁹⁶ Decisión 15-D-06 de la autoridad francesa de competencia, de 21 de abril de 2015, en el asunto BOOKING.COM (párrafo 100).

⁹⁷ Decisión de la autoridad sueca de competencia, de 15 de abril de 2015, en el asunto BOOKING.COM (párrafos 15 y 16).

⁹⁸ Véanse:

- en el caso HRS, la sentencia del Tribunal Superior Regional de Düsseldorf de 9 de enero de 2015, *HRS vs Bundeskartellamt* (párrafos 26 y siguientes), y
- en el caso BOOKING.COM, la sentencia del Tribunal Supremo alemán de 18 de mayo de 2021, *BOOKING.COM vs Bundeskartellamt* (párrafo 51).

⁹⁹ Véase la sentencia del Tribunal Supremo alemán de 18 de mayo de 2021, *BOOKING.COM vs Bundeskartellamt* (párrafo 51).

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal Superior Regional de Düsseldorf de 9 de enero de 2015, *HRS vs Bundeskartellamt* (párrafos 26 y siguientes).

¹⁰¹ Decisión de la autoridad alemana de competencia, de 23 de diciembre de 2015, relativa a Booking.com (párrafos 129 y 130).

¹⁰² Decisión de la autoridad alemana de competencia, de 23 de diciembre de 2015, relativa a Booking.com (párrafo 137).

- un servicio primario o principal, la intermediación de reservas, que es el servicio demandado por los hoteles;
- unos servicios secundarios (en relación con el servicio de intermediación), consistentes en permitir a los usuarios finales la búsqueda en línea de las habitaciones de un hotel y su comparación con la de otros hoteles. El contenido y alcance de estos servicios secundarios constituye una decisión de la OTA y es en su interés empresarial.

- (130) De acuerdo con el Tribunal Superior Regional de Düsseldorf¹⁰³, el éxito en la intermediación de reservas depende, en gran medida, de proporcionar a los usuarios finales un sitio web atractivo, informativo y fácil de usar. Estos servicios secundarios influyen, de modo significativo, en la competencia entre las OTAs porque impactan en el tráfico al sitio web y, en último término, en el éxito de la OTA a la hora de intermediar reservas.
- (131) El Tribunal Superior Regional de Düsseldorf también descartó claramente que, a la hora de definir el mercado para los servicios de intermediación a los hoteles por parte de las OTAs, haya que tener en cuenta la perspectiva de los usuarios finales. Como señala dicho tribunal, el punto de vista a tener en cuenta, a la hora de analizar la sustituibilidad por el lado de la demanda, es el del lado contrario al que presta el servicio, en este caso, el hotel que demanda el servicio, que es su cliente directo. El fin de la definición del mercado relevante es determinar las relaciones de poder económico, lo cual no existe, por principio, en relaciones económicas derivadas. Ello resulta también aplicable cuando el proveedor del servicio tenga que tener en cuenta ulteriores opciones alternativas (por ejemplo, el cliente final) porque ello no le impide que pueda abusar del cliente directo (i.e., el hotel).¹⁰⁴
- (132) La decisión de la autoridad de competencia alemana en el asunto Booking.com también se basó en la sentencia del Tribunal Superior Regional de Düsseldorf en el asunto HRS, para considerar que no forman parte del mercado relevante referido otros canales en línea como el sitio web de reserva de los propios hoteles, los portales de internet especializados o los portales de turoperadores.¹⁰⁵
- (133) Concretamente, el Tribunal Superior Regional de Düsseldorf señaló en el asunto HRS que, desde el punto de vista de un hotel, la reserva a través del sitio web

¹⁰³ Sentencia del Tribunal Superior Regional de Düsseldorf de 9 de enero de 2015, *HRS vs Bundeskartellamt* (párrafos 37 y siguientes).

¹⁰⁴ Sentencia del Tribunal Superior Regional de Düsseldorf de 9 de enero de 2015, *HRS vs Bundeskartellamt* (párrafos 39 a 43).

¹⁰⁵ Decisión de la autoridad alemana de competencia, de 23 de diciembre de 2015, relativa a Booking.com (párrafo 143).

del hotel no es intercambiable, en términos funcionales, con los servicios de intermediación de las OTAs, ya que los hoteles no se prestan ningún servicio de intermediación que quepa considerar como participación en el mercado.¹⁰⁶

- (134) Cabe resaltar que los precedentes alemán, francés y sueco¹⁰⁷ en materia de definición del mercado relevante resultan relevantes para el presente caso en la medida en que coinciden con este asunto en:
- aplicar el TFUE, y
 - analizar prácticas de una OTA (BOOKING.COM) con los hoteles que contratan sus servicios de intermediación de reservas para llegar al usuario final.
- (135) Por tanto, a la vista de los precedentes señalados y desde la perspectiva del hotel que emplea los servicios de intermediación que ofrece una OTA, **tales servicios de intermediación prestados por las OTAs a los hoteles constituyen un canal que se distingue netamente de otros, dando lugar a un mercado de producto diferenciado.**
- (136) Tal y como se ha expuesto anteriormente (párrafo (57)), las OTAs con inventario hotelero propio operan como una plataforma de dos lados (tal y como aparece también recogido en los precedentes alemanes analizados), ya que su sitio web pone en contacto a dos grupos de usuarios, que demandan sus servicios:
- por un lado, los hoteles demandan los servicios de intermediación de reservas que ofrecen las OTAs para llegar al cliente final;
 - por otro lado, los consumidores finales demandan los servicios de búsqueda, comparación y reserva de hoteles que ofrecen las OTAs, servicios ofrecidos por las OTAs de forma gratuita.
- (137) Existen datos relativos al caso español que confirman que los servicios de intermediación de reservas ofrecidos por las OTAs a los hoteles constituyen un mercado de producto diferenciado de otros canales de distribución en línea (como los sitios web de los propios hoteles o los mayoristas en línea), en consonancia con los precedentes analizados.
- (138) En primer lugar, la evidencia empírica disponible a escala de la UE apunta a la complementariedad (que no sustituibilidad) del canal directo y del canal OTA para un hotel. Así, en el estudio de mercado sobre las prácticas de distribución

¹⁰⁶ Sentencia del Tribunal Superior Regional de Düsseldorf de 9 de enero de 2015, *HRS vs Bundeskartellamt* (párrafos 52 a 54).

¹⁰⁷ Decisión de la autoridad sueca de competencia, de 15 de abril de 2015, dirigida a BOOKING.COM

hotelera en la UE¹⁰⁸, publicado en agosto de 2022 por la CE (en adelante, el **Estudio de Mercado de la CE**), de los 285 hoteles independientes encuestados a nivel de la UE (incluyendo hoteles ubicados en España), el 63% de ellos manifestaron que el empleo de OTAs hizo aumentar las reservas que obtuvieron en su canal directo.¹⁰⁹

- (139) En segundo lugar, las OTAs revisten una más que destacada importancia para los hoteles independientes, de acuerdo con el Estudio de Mercado de la CE, pues el 80% de los 285 hoteles encuestados señaló que el empleo de OTAs incrementaba su número total de reservas.¹¹⁰ Este dato, además, se encuentra en consonancia con lo recogido en un estudio de la consultora *Oxford Economics* titulado ‘*The economic impact of Online Travel Agencies in Europe, 2019-2021*’ (en adelante, el **estudio de Oxford Economics**)¹¹¹, citado por BOOKING.COM en el marco del expediente¹¹², según el cual, para el caso español:

“Las OTAs generan un aumento del número de reservas ampliando así el mercado; las OTAs proporcionan a las empresas una plataforma en línea donde publicitar su oferta de alojamiento y ampliar su base de consumidores” (traducción de BOOKING.COM)¹¹³

- (140) Los datos del Estudio de Mercado de la CE que se acaban de citar guardan relación con las ventajas que ofrecen las OTAs a los hoteles en relación con otros canales de distribución:

- Acceso a una clientela amplia, nacional e internacional, hecho reconocido por la propia BOOKING.COM,¹¹⁴ lo cual obedece a la traducción de su sitio web y atención al cliente en múltiples idiomas, dada la preferencia que muestran los clientes por buscar y reservar hoteles en su propio idioma. En el caso español, esta ventaja es relevante dada la importancia del turismo extranjero.

El estudio de *Oxford Economics* refrenda esta ventaja de las OTAs al mostrar que en el periodo 2019-2021 y para el caso español, las reservas

¹⁰⁸ Este estudio abarca el período comprendido entre 2017 y 2021 y se centra en una muestra formada por seis Estados Miembros (Austria, Bélgica, Chipre, España, Polonia y Suecia). El mismo se encuentra disponible en https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/1551a94d-e3c0-4175-bdff-d54aef2f6606_en

¹⁰⁹ Página 36 *in fine* del citado estudio.

¹¹⁰ Página 36 del citado estudio.

¹¹¹ Este estudio se encuentra disponible en [https://resources.oxfordeconomics.com/hubfs/OTA%20Impact%20in%20Europe%20-%20FINAL%20\(4\).pdf](https://resources.oxfordeconomics.com/hubfs/OTA%20Impact%20in%20Europe%20-%20FINAL%20(4).pdf)

¹¹² Folio 3002.

¹¹³ Página 99 del citado estudio.

¹¹⁴ Folio 4769.

internacionales a través del canal OTA supusieron un porcentaje ligeramente superior a lo que ocurrió en el mercado en su conjunto (así, en el año 2021, las reservas internacionales supusieron la mitad de las reservas de OTAs, mientras que, en el mercado en su conjunto, el 45%).¹¹⁵

- El elevado presupuesto que dedican las OTAs a publicidad en línea y, en especial, a publicidad dentro del buscador de internet operado por Google, el sitio web más popular de internet. Fruto de ello, ante cualquier búsqueda de un hotel situado en España dentro de Google, resulta probable que aparezca un anuncio de una OTA permitiendo al usuario que ha realizado la búsqueda en Google, reservar un hotel dentro de la OTA al pinchar dicho anuncio.

El presupuesto y conocimiento que tienen las OTAs de la publicidad en línea y, en especial, de la publicidad dentro del buscador de Google, resulta difícilmente equiparable al de los hoteles (en particular, los más pequeños y familiares). De hecho, BOOKING.COM es uno de los mayores anunciantes del mundo en *Google Ads* (i.e., el programa de publicidad en línea ligada a búsquedas en Google).¹¹⁶

Como recoge el Estudio de Mercado de la CE, [CONFIDENCIAL] dedicó en 2019 a publicidad en línea relacionada con búsquedas en Internet (*Google Ads*) alrededor del 10-20%, (en concreto, un [CONFIDENCIAL]%), de los ingresos que obtuvo por la intermediación de reservas de hoteles situados en la UE. En cambio, según dicho Estudio de Mercado de la CE, las cadenas hoteleras dedicaron un 0-10% (en concreto, entre un [CONFIDENCIAL]%) de sus ingresos anuales a publicidad en línea en general (y no solo la limitada a búsquedas en Internet).¹¹⁷

Otros datos, como los contenidos en la **Tabla 5**, muestran la relevancia del gasto en publicidad (particularmente en Google) de las OTAs. El gasto ha crecido a un ritmo del 200% anual en los últimos 2 años, y no solo como un efecto rebote de la pandemia (pues ya se superan con creces los datos de 2019 y se prevén tasas de crecimiento superiores al 100% en 2023).

¹¹⁵ Página 100 del estudio de *Oxford Economics*.

¹¹⁶ Como resalta la decisión 15-D-06 de la autoridad francesa de competencia, de 21 de abril de 2015, en el asunto Booking.com, BOOKING.COM constituía en 2014 uno de los cinco principales clientes de publicidad en línea de Google (párrafo 44).

¹¹⁷ Página 50 del Estudio de Mercado de la CE.

Tabla 5. Gasto de las OTAs en Google (millones de \$)

Importe (millones de \$) del gasto de las OTAs en Google										
Empresa	2019	%	2020	%	2021	%	2022	%	2023 (p)	%
Booking	1.570	25,8%	790	35,0%	1.510	34,3%	2.620	34,4%	3.100	34,8%
Expedia	1.580	26,0%	620	27,4%	1.390	31,6%	2.370	31,1%	2.810	31,5%
Airbnb	570	9,4%	240	10,6%	360	8,2%	430	5,6%	480	5,4%
Trip.com	680	11,2%	240	10,6%	360	8,2%	630	8,3%	730	8,2%
Tripadvisor	430	7,1%	130	5,8%	290	6,6%	400	5,2%	450	5,0%
Trivago	520	8,6%	80	3,5%	150	3,4%	490	6,4%	540	6,1%
eDreams Odigeo	250	4,1%	70	3,1%	150	3,4%	230	3,0%	260	2,9%
Despegar	150	2,5%	20	0,9%	60	1,4%	140	1,8%	150	1,7%
MakeMyTrip	90	1,5%	10	0,4%	50	1,1%	90	1,2%	140	1,6%
Lastminute.com	90	1,5%	20	0,9%	30	0,7%	90	1,2%	100	1,1%
On the Beach	40	0,7%	20	0,9%	10	0,2%	40	0,5%	50	0,6%
Holiday Check	50	0,8%	0	0,0%	10	0,2%	40	0,5%	50	0,6%
Hostelworld	30	0,5%	10	0,4%	10	0,2%	20	0,3%	30	0,3%
Travelzoo	30	0,5%	10	0,4%	20	0,5%	30	0,4%	30	0,3%
TOTAL	6.080	100%	2.260	100%	4.400	100%	7.620	100%	8.920	100%
Tasa de crecimiento respecto al año anterior				-62,8%		94,7%		73,2%		17,1%

Fuente: elaboración propia a partir de datos de Statista (los datos de 2023 son previsiones)¹¹⁸

Este nivel de publicidad actúa como un potente imán para generar reservas y aumentar el atractivo de las OTAs para los hoteles, a lo que se une la fuerte imagen de marca que otorga a las OTAs, de tal modo que el consumidor asocia a las OTAs con un punto donde encontrará una variada oferta de hoteles.

- Frente a los mayoristas en línea, los hoteles conservan la capacidad de establecer el precio final de sus habitaciones en la OTA.
- La retribución de las OTAs se fija, generalmente, como una comisión sobre reserva intermediada con éxito, sin costes fijos de entrada, por lo que se reducen los riesgos comerciales que supone para el hotel realizar pagos a un tercero minorista sin tener garantizadas de antemano unas reservas.

(141) BOOKING.COM realiza una serie de alegaciones en relación con las ventajas señaladas para los hoteles de las OTAs frente a otros canales de distribución. En primer lugar, BOOKING.COM alega que el canal directo de los hoteles también puede aparecer en un lugar destacado de la página de resultados de Google, sin que el hotel invierta en publicidad en línea en dicho sitio web, señalando el caso de la ventana o widget de Google Hotels (el MSS de Google) que aparece en la parte inferior de la página de resultados de Google tras realizar una búsqueda de un alojamiento. De acuerdo con BOOKING.COM, si se hace

¹¹⁸ Folios 4906 a 4914.

clic en la ventana de Google Hotels en la página de resultados de la búsqueda, se accede a una nueva página en la que:

- se enumeran una serie de opciones de alojamiento relacionadas con su búsqueda, figurando, en primer lugar, resultados pagados con publicidad y posteriormente, resultados no basados en publicidad, en los que puede aspirar a figurar el canal directo del hotel, y
- figura en un lateral un enlace al sitio web oficial del alojamiento consultado.

(142) Por ello, BOOKING.COM considera que el MSS de Google ofrece a los hoteles una forma fácil y gratuita de llegar a un público amplio con su canal directo online, y lo mismo permitirían de forma asequible otros sitios web de MSS.

(143) No obstante, las alegaciones que BOOKING.COM realiza en materia de publicidad en línea no desvirtúan la importancia que representa la inversión en publicidad en línea de las OTAs como imán para generar reservas y aumentar su atractivo para los hoteles frente a otros canales (incluido el directo). Como se ha detallado en la Tabla 5, BOOKING.COM y las demás OTAs invierten una cantidad ingente en publicidad en línea, principalmente en aquella relacionada con búsquedas en Google. Afirmar, como hace BOOKING.COM en sus alegaciones, que los hoteles pueden suplir esta publicidad con los resultados no pagados que ofrece Google y su MSS, es ir contra la propia realidad que evidencia la conducta de BOOKING.COM, que ve necesario invertir las elevadas cifras señaladas en publicidad en línea de modo a atraer reservas.

(144) En este sentido, no debe olvidarse que el modelo de negocio del buscador de Google (y su MSS) se basa en la publicidad. Si Google ofreciese una publicidad poco rentable para sus anunciantes, se expondría a que estos (como es el caso de BOOKING.COM) no contratasen su publicidad. Y es precisamente por este motivo por lo que la publicidad de Google se muestra de modo destacado tanto en la página general de resultados como en el MSS, por delante incluso de los resultados de búsqueda ‘no pagados’ que ofrece Google. Como se prueba ampliamente en el hecho acreditado 5.8, los usuarios tienden a hacer clic y reservar en alojamientos que están situados en posiciones más altas en los resultados de búsqueda, dado que existe un sesgo inherente a que los artículos más cerca de la parte superior sean percibidos como “mejores”.

(145) Además, afirmar, como hace BOOKING.COM, que la estrategia de marketing individual de las OTAs y los hoteles no afecta a la sustituibilidad desde la perspectiva del consumidor (debido a que los medios con los que un hotel o una OTA llegan a un usuario no son visibles para el consumidor), no resulta relevante a efectos de analizar si los servicios de intermediación de reservas en línea a hoteles prestados por las OTAs constituyen un mercado relevante. La

perspectiva que se debe considerar a dichos efectos es la del hotel, y no la del consumidor final. Y, en este sentido, para un hotel resultan claves las ventajas en términos de marketing que entrañe un canal frente a otro para generar reservas.

(146) **Por ello, no se puede acoger que la alegación de BOOKING.COM cuestione la validez del análisis sobre la relevancia de la publicidad en el ámbito de las OTAs.**

(147) En segundo lugar, BOOKING.COM alega que los sitios web de algunas marcas hoteleras ofrecen servicios similares a las OTAs al permitir a los consumidores buscar en distintas ubicaciones dentro de los hoteles bajo esa marca y permitir el uso de filtros como las opiniones de los clientes.

(148) Esta alegación es inoperante para sostener una sustituibilidad entre canal directo y OTA para un hotel, por los siguientes motivos:

- Los sitios web de las marcas hoteleras no llegan al nivel de exhaustividad y variedad de oferta por ubicaciones, e incluso de parámetro de búsqueda/filtros, que ofrecen las OTAs, lo cual resulta de suma importancia para atraer a los clientes finales al sitio web.
- Incluso si se aceptase que los sitios web de las marcas hoteleras son equiparables a las OTAs (*quod non*), los hoteles que forman parte de estas marcas suponen una parte muy reducida del mercado, por lo que, en absoluto, son representativos del mismo, al estar el mismo mayormente constituido por hoteles independientes (véase el párrafo (156)).

(149) **Por ello, no se puede acoger la alegación de BOOKING.COM de que los sitios web de los hoteles puedan ser sustitutivos de las OTAs.**

(150) En tercer lugar, BOOKING.COM censura que no se explique cómo ciertas características de las OTAs contribuyen a que éstas constituyan un mercado distinto de otros canales de distribución. En particular, BOOKING.COM dirige dicho reproche a dos características del canal OTA:

- que el hotel conserve la capacidad de fijar su precio final, junto con el hecho de que las OTAs sólo se vean remuneradas por las reservas realizadas con éxito;
- que las ventajas que entrañan las OTAs resulten especialmente valiosas para los hoteles pequeños e independientes.

(151) Al respecto, cabe recalcar que dichas ventajas sirven para poner de manifiesto las peculiaridades que revisten los servicios de intermediación de reservas que prestan las OTAs a los hoteles, no solo frente al canal directo en línea, sino frente a otros canales como puede ser el mayorista (por ejemplo, en términos de la

capacidad que tiene el hotel de fijar el precio final en la OTA). Estas ventajas, tomadas en su conjunto, explican su configuración como un canal singular merecedor de la consideración de mercado de producto separado. Por lo que se refiere a la importancia de estas ventajas de las OTAs para los hoteles pequeños e independientes, es preciso tener en cuenta, de nuevo, que estos hoteles suponen la gran mayoría del parque hotelero en España (véase el párrafo (156)), por lo que para ellos las OTAs constituyen un canal con un menor grado de sustituibilidad, si cabe.

- (152) **Por ello, no se puede considerar que la alegación de BOOKING.COM invalide las afirmaciones sobre la falta de sustituibilidad de las OTAs.**
- (153) En definitiva, basándose en la exposición previa, cabe concluir que una OTA permite externalizar al hotel una serie de inversiones, en términos de marketing (publicidad en línea, servicio de atención al cliente, etc.) tecnología (servidores, diseño de la página web, traducciones, etc.) en las que no le resulta al hotel tan eficiente invertir, por su tamaño, como a una OTA. Además, por lo general, no se produce un pago a la OTA a menos que intermedie con éxito una reserva.
- (154) Lo anterior viene refrendado por la patronal española del sector hotelero, CEHAT, que en el marco del expediente ha manifestado que:

“Hay que tener en cuenta que la fuerza con la que cuenta la OTA para la distribución de servicios pivota sobre sus recursos tecnológicos y de marca, con los que no cuenta el establecimiento hotelero para poder distribuir su oferta a través de internet, y que justifican la suscripción a ellas” (subrayado propio)¹¹⁹

- (155) O en palabras de BOOKING.COM:¹²⁰

“No solo los consumidores se benefician de las OTAs, los alojamientos también lo hacen. Muchos alojamientos, sobre todo los independientes, no tienen página web (o página web habilitada para móviles) o tienen página web que no es de calidad suficiente (sin funcionalidad de reserva instantánea y/o en un solo idioma) para generar un volumen importante de reservas. Además, la comercialización de un canal de distribución directa es una actividad compleja y costosa. Sin embargo, una OTA puede repartir ese riesgo entre muchas propiedades y lograr una conversión a un ritmo mucho mayor debido a la variedad ofrecida por la plataforma. Por tanto, las OTAs pueden comercializar las habitaciones de los alojamientos de forma más eficiente que los propios alojamientos. Las OTAs también dan visibilidad a propiedades que de otro modo no se habrían encontrado. Esto es especialmente cierto para los alojamientos pequeños e independientes, que están perdiendo cuota de mercado en favor de las cadenas. Estas propiedades se benefician del alcance global de las plataformas y del aumento de reservas a través de las OTAs. Según un

¹¹⁹ Folio 1164.

¹²⁰ Folios 3160 y 3161.

estudio de Oxford Economics, las reservas a través de las OTAs permiten a los alojamientos alcanzar niveles de ocupación más elevados de los que conseguirían de otro modo y son especialmente efectivas para ayudar a los alojamientos a atraer clientes.” (subrayado propio)¹²¹

- (156) Las palabras de BOOKING.COM muestran, además, que las OTAs son especialmente valiosas como canal para los hoteles pequeños e independientes, que son precisamente los más extendidos en el caso español (a diferencia de otros países, como EE.UU., donde tienen una mayor implantación 50 cadenas hoteleras como Hilton o Marriott).
- (157) La importancia de las OTAs como canal para los hoteles pequeños e independientes vendría también avalada por:

- El estudio de *Oxford Economics* anteriormente citado, según el cual, para el caso español:

“Los clientes tienden a inclinarse más por hoteles independientes cuando reservan a través de una OTA. En 2021, el 72% del total de reservas mediante OTAs [por valor] fue en alojamientos independientes, frente a solo el 57% que supusieron las reservas de alojamientos independientes en el conjunto del mercado” (traducción propia)¹²²

- El estudio de EY-PARTHENON titulado ‘*Online travel agencies - Helping Europe's small and independent accommodations succeed in the global marketplace*’ (2021),¹²³ que recoge la opinión de un pequeño hotel español de vacaciones, señala el menor atractivo que tiene su tipología de hotel para los canales de turoperadores y mayoristas:

“Nuestros principales canales de distribución son las ventas directas y las OTAs. No constituimos un alojamiento atractivo para los turoperadores o los revendedores/mayoristas, dado que no podemos acoger grandes grupos en autobús. Una agencia de viajes local vendería todas las habitaciones de toda la temporada a un precio muy reducido. Ello nunca resultaría rentable, motivo por el cual no la considero una opción viable. Además, no tendría ni idea a qué precio estarían vendiendo las agencias de viajes locales a los clientes finales. Por lo tanto, las OTAs y nuestro canal directo son los canales más eficientes y factibles para nuestro alojamiento” (traducción propia)¹²⁴

¹²¹ Página 101 del citado estudio.

¹²² Página 101 del citado estudio.

¹²³ Este estudio fue encargado por BOOKING.COM y se encuentra disponible en https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/en_gl/topics/strategy/pdf/ey-online-travel-agents-helping-european-small-independent-accommodations.pdf?download

¹²⁴ Página 14 del citado estudio.

- Para el caso español, la literatura académica¹²⁵ muestra que los hoteles más pequeños, independientes, y aquellos con menos estrellas tienen una mayor dependencia de las OTAs, lo cual se achaca (desde un plano teórico) a que dichos hoteles tienen menos dinero para invertir en promociones, a que no cuentan con motores de reserva grandes y a que tienen menos personal, con menor experiencia en ventas y marketing.
- Uno de los propios denunciantes, la AEHM, ha señalado en el marco del expediente que:

*“para un establecimiento hotelero medio, que no dispone de un gran presupuesto para desarrollar su marketing y publicidad de sus servicios, la “colaboración” con Booking.com resulta vital para poder vender sus servicios y llegar a un mayor número de viajeros” (subrayado propio)*¹²⁶

(158) Por tanto, frente al canal en línea propio del hotel (su sitio web), las OTAs ofrecen una serie de ventajas para el hotel que compensan con creces la comisión que el hotel ha de pagarles y que explican que el hotel no recurra en exclusiva a su página web para canalizar sus reservas en línea. En otras palabras, desde la perspectiva del hotel, el servicio de intermediación provisto por las OTAs no reviste las mismas características que otros canales y, en especial, el canal directo del hotel. Por tanto, no existe sustituibilidad suficiente por el lado de la demanda entre el servicio de intermediación de las OTAs y otros canales. Es más, si se tratara de dos servicios totalmente sustituibles, como parece indicar BOOKING.COM los hoteles no contratarían los servicios de las OTAs hoteles porque de ese modo se ahorrarían la comisión cobrada por las mismas por cada reserva exitosa.

(159) BOOKING.COM reitera en sus alegaciones a la PR¹²⁷ que los hoteles ven su canal directo y las OTAs como sustitutivos basándose en que:

- los hoteles compiten con las OTAs a la hora de obtener publicidad en línea dentro de los MSS;
- una encuesta realizada a alojamientos del Espacio Económico Europeo (EEE) indicaría que estos, ante un aumento de las comisiones, aumentarían su inversión en el canal directo y confiarían más en el canal MSS;

¹²⁵ Martin-Fuentes, E., & Mellinas, J. P. (2018). *Hotels that most rely on Booking.com - online travel agencies (OTAs) and hotel distribution channels*. Tourism Review y Mellinas, J. P. (2019). *Dependency of Spanish urban hotels on Booking.com*. Tourism Analysis, 24(1), 3-12.

¹²⁶ Folio 1039.

¹²⁷ Folios 7000 a 7006 (folios 7125 a 7128 no confidencial).

- según un informe de Skift, entre 2017 y 2021, el 88% de los hoteles había lanzado algún tipo de campaña para promover las reservas en su canal directo;
- tres cadenas hoteleras internacionales (Marriott¹²⁸, Hyatt¹²⁹ y Hilton¹³⁰) afirmarían en sus informes anuales que su canal directo compite directamente con las OTAs;
- uno de los denunciantes¹³¹, así como la CEHAT¹³², se habrían pronunciado señalando que OTAs y canal directo pueden ser sustitutivos;
- según BOOKING.COM, datos de PhocusWright y de la Asociación paraguas que representa a hoteles, restaurantes, bares y cafés y establecimientos similares a nivel europeo (**HOTREC**), mostrarían que el porcentaje de reservas hoteleras en línea procedentes del canal directo estaría creciendo, mientras que el porcentaje procedente de las OTAs se estaría reduciendo.

(160) Por lo que se refiere a los datos esgrimidos por BOOKING.COM para sustentar una supuesta sustituibilidad entre OTAs y el canal directo de los hoteles, cabe realizar las siguientes apreciaciones:

- el hecho de que los hoteles utilicen, al igual que las OTAs, la publicidad en línea, en general, y los MSS, en particular, afectaría, si acaso, a la definición de mercado aguas abajo (i.e., a nivel minorista), pero no desvirtúa el análisis contenido en esta resolución acerca de que los servicios de intermediación de reservas prestados por las OTAs a los hoteles no son sustitutivos del canal directo en línea de los hoteles (mercado aguas arriba);
- idéntica conclusión cabe alcanzar sobre las afirmaciones de las cadenas hoteleras según las cuales su canal directo competiría con las OTAs: dichas afirmaciones de las cadenas hoteleras son ambiguas y no permiten descartar que se refieran al nivel minorista, donde el consumidor final puede elegir entre contratar en la OTA o el canal directo en línea del hotel. Por ello, dichas afirmaciones no pueden considerarse válidas aguas arriba, de cara a la contratación de los servicios de intermediación de las OTAs por parte de los

¹²⁸ Informe anual Marriott 2022, página 8, disponible en

<https://marriott.gcs-web.com/static-files/b82978a6-9d28-4e38-9855-fc4ae2cebe11>

¹²⁹ Informe anual Hyatt 2022, 16 de febrero de 2023, página 16, disponible en <https://d18rn0p25nwr6d.cloudfront.net/CIK-0001468174/5e44d5ec-2de4-4041-8087-3c9f4bcc6f65.pdf>

¹³⁰ Informe anual Hilton 2021, 16 de febrero de 2022, página 31, disponible en https://www.corporatereport.com/hilton/2021/ar/downloads/Hilton_2021_10k.pdf

¹³¹ Folio 1039.

¹³² Folio 1164.

hoteles, porque no permiten valorar la sustituibilidad, para los hoteles, entre los diferentes canales de distribución para sus reservas.

- Por lo que respecta a las afirmaciones de un denunciante¹³³ y la CEHAT¹³⁴ (sobre la sustituibilidad entre OTAs y el canal directo), cabe señalar que:

- o la afirmación del denunciante (AEHM) citada por BOOKING.COM se refiere a la sustituibilidad en términos no coincidentes con el análisis de sustituibilidad realizado bajo la definición del mercado, dado que

- tras declarar la AEHM que:

“Esto no ocurre en el caso de Booking.com [en contraposición con el caso que expone anteriormente de LOGITRAVEL], donde el canal sí es sustitutivo de la comercialización de las pernoctaciones online: Booking.com y el establecimiento hotelero concurren a través de internet;” (subrayado propio)

- acto seguido dice:

*“para un establecimiento hotelero medio, que no dispone de un gran presupuesto para desarrollar su marketing y publicidad de sus servicios, la “colaboración” con Booking.com resulta vital para poder vender sus servicios y llegar a un mayor número de viajeros; por otro lado, se trata de una “colaboración” sólo nominativa, dado que las condiciones de suscripción a la plataforma impiden su negociación”*¹³⁵ (subrayado y énfasis propio).

En definitiva, la AEHM se limita a señalar que BOOKING.COM se puede considerar sustitutivo del canal directo en línea meramente porque los dos emplean internet para comercializar reservas hoteleras, pero ello no se corresponde con el análisis de sustituibilidad que se realiza bajo la definición del mercado relevante en el marco del Derecho de la competencia.

- o CEHAT no afirma que los servicios ofrecidos por las OTAs y el canal directo puedan ser considerados sustitutivos, contrariamente a lo alegado por BOOKING.COM. Concretamente, CEHAT declara lo siguiente:

“Se nos pide señalar las diferencias existentes para un hotelero, conforme a nuestra experiencia, los términos de comercializar el inventario, entre emplear intermediarios que compran habitaciones al hotel y las revende (citando el ejemplo del grupo Logitravel) y emplear intermediarios que se limitan a conectar

¹³³ Folio 1039.

¹³⁴ Folio 1164.

¹³⁵ Folio 1039.

*a consumidores y proveedores como Booking.com y Expedia explicando de manera pormenorizada en qué medida ambos tipos de comercialización pueden ser considerados sustitutivos*¹³⁶ (subrayado propio).

En resumen, CEHAT se limita a resumir lo que le ha sido requerido por el órgano instructor, sin afirmar que los servicios prestados por las OTAs y el canal directo de reservas de los hoteles sean servicios sustitutivos.

- Por lo que se refiere a la encuesta esgrimida por BOOKING.COM, los resultados de esta no pueden ser considerados válidos a efectos de definición del mercado, por los siguientes motivos:
 - Muchos de los resultados de la encuesta citados por BOOKING.COM se refieren a un aumento de la comisión por parte únicamente de BOOKING.COM (sin incluir a sus competidores en intermediación de reservas en línea).
 - En el caso de los resultados de la encuesta relativos a un aumento de la comisión por parte de todas las OTAs, cabe señalar que los resultados de la encuesta citados por BOOKING.COM no sirven de cara al fin último del test del monopolista hipotético a efectos de la definición del mercado. Concretamente, los resultados de la encuesta citados por BOOKING.COM no permiten verificar, en modo alguno, si el aumento de la comisión por parte de todas las OTAs resultaría rentable o no para estas y, por tanto, si el mercado de producto relevante se agota o no en los servicios de intermediación de reservas en línea que prestan las OTAs a los hoteles.
 - Aunque BOOKING.COM afirme que *“la gran mayoría de hoteles ven sus propias páginas web como un sustituto de las OTAs y tienen la infraestructura necesaria para ofrecer más habitaciones en el canal directo”*¹³⁷ lo cierto es que no aportan prueba de ello. Al contrario, a tenor de del alto porcentaje de hoteles independientes establecidos en España respecto a las cadenas hoteleras, dicha afirmación resulta poco creíble.
 - En todo caso, tal y como indica la Comunicación revisada sobre definición de mercado en relación con la definición de mercado en presencial de plataformas multilaterales *“96. En la práctica, la presencia de efectos de red indirectos puede complicar la evaluación de la sustitución de la demanda y, en particular, la aplicación de la prueba del monopolista hipotético más que en aquellas situaciones en las que no existe esta*

¹³⁶ Folio 1164.

¹³⁷ Folio 7005.

interdependencia de la demanda entre grupos de usuarios”. Por ello, “31. [...] aunque la Comisión puede basarse en los principios de la prueba del monopolista hipotético en su análisis del mercado de referencia, no está obligada a aplicar esta prueba de forma empírica, y otros tipos de elementos de prueba son igualmente válidos para aportar información a la definición de mercado, [...] De hecho, en muchos casos la prueba del monopolista hipotético solo sirve como marco conceptual para interpretar los elementos de prueba disponibles”.

- En cuanto a los datos de PhocusWright y HOTREC esgrimidos por BOOKING.COM, no se puede valorar su veracidad, ya que:
 - o no se aporta la evolución del porcentaje de reservas hoteleras en línea procedente de otros canales en línea que no sea el canal directo (OTAs, mayoristas...), y
 - o no se aportan los datos relativos a los hoteles situados en España, foco del expediente, sino solamente aquellos relativos al conjunto de Europa.

En cualquier caso, cabe señalar que BOOKING.COM, en sus alegaciones, no expone cómo las variaciones en la evolución del porcentaje de reservas de cada canal permitirían, por sí solas, valorar el grado de sustituibilidad que suponen los diferentes canales de distribución para un hotel.

- (161) **Por ello, no se puede acoger la alegación de BOOKING.COM de que los hoteles ven su canal directo y las OTAs como sustitutivos.**
- (162) BOOKING.COM alega otros factores que mostrarían que las OTAs compiten con el canal directo. Según BOOKING.COM, en la PR se habría señalado que el canal directo en línea del hotel compite con los servicios de las OTAs¹³⁸. A lo anterior BOOKING.COM añade que supervisa constantemente las tarifas que ofrecen en Google Hotels los propios sitios web de los proveedores de alojamiento.
- (163) Esta Sala no acoge estas alegaciones de BOOKING.COM por los siguientes argumentos: una lectura correcta, propiamente contextualizada de la PR revela que a nivel minorista (esto es, la venta en línea de reservas de alojamiento de tipo hotelero a clientes finales) no es descartable que dichos canales (OTAs y canal directo en línea del hotel) puedan llegar a competir. Esta observación no afecta, en absoluto, a la constatación de que existe un mercado de producto

¹³⁸ Véase el párrafo 234 de la PR que indica “Por un lado, es preciso tener en cuenta las manifestaciones de las OTAs, que esgrimen que compiten con otros canales para atraer al consumidor final, y que éste, en efecto, puede consultar fácilmente los distintos canales para escoger dónde realizar su reserva”

relevante, aguas arriba, formado por la prestación de servicios de intermediación de reservas en línea a hoteles por parte de OTAs. Es precisamente por ese motivo que se han venido justificando las cláusulas de paridad de precios estrechas -para evitar el desvío del cliente final desde el canal OTA al sitio web del hotel a la hora de realizar la reserva-.

- (164) Esta misma constatación resulta aplicable a la alegación de BOOKING.COM según la cual competiría con el canal directo del hotel porque monitoriza las tarifas que ofrecen en Google Hotels los propios sitios web de los proveedores de alojamiento (y las OTAs competidoras). Dicha conducta mostraría, si acaso, que BOOKING.COM compite con dichos actores a nivel minorista, pero no aguas arriba, donde trata de atraer hoteles para prestarles servicios de intermediación de reservas en línea.
- (165) **Por ello, no se puede acoger esta alegación de BOOKING.COM referida a que las OTAs forman parte del mismo mercado que el canal directo de venta de los hoteles.**
- (166) Además, BOOKING.COM considera¹³⁹ que existe una tensión entre la definición de mercado relativa a la prestación de servicios de intermediación de reservas en línea a hoteles por parte de OTAs y la conducta abusiva explotativa resultante de la aplicación conjunta de la cláusula de paridad de precios estrecha a los hoteles y de la posibilidad que tiene BOOKING.COM de rebajar unilateralmente el precio que ofrece el hotel en BOOKING.COM -mediante su programa BSB-. Concretamente, esta tensión se produciría (según BOOKING.COM) porque, si el canal directo es un mercado de producto separado, la explotación se produciría en un término, el precio final, que no forma parte del mercado de prestación de servicios de intermediación de reservas en línea a hoteles por parte de OTAs.
- (167) Por lo que se refiere a esta supuesta tensión, se recuerda que una conducta abusiva de carácter explotativo tiene lugar directamente sobre los clientes de un producto y el carácter explotativo se revela en la imposición de precios u otras condiciones comerciales que no son equitativas. Por lo tanto, las consideraciones que realiza BOOKING.COM sobre una supuesta tensión no son tales porque la conducta explotativa concreta que se reprocha a BOOKING.COM es imponer una cláusula comercial a los hoteles que contratan sus servicios (la paridad de precios estrecha), que no se aplica a sí misma (reservándose la posibilidad de rebajar unilateralmente el precio que el hotel ofrece en BOOKING.COM), con todos los razonamientos que acompañan dicha conclusión recogidos en la presente resolución (sección 6.5.2.1.2.2.1.1).

¹³⁹ Folios 5648-5649.

- (168) En definitiva, a juicio de esta Sala no existe una contradicción en el hecho de que los canales de venta directa de los hoteles constituyan un mercado de producto diferente mientras que las cláusulas de paridad de precios estrechas restringen la competencia entre las OTAs. Al respecto, cabe recordar que, si bien la definición del mercado de productos de referencia persigue identificar las presiones competitivas más directas que sufren las empresas de que se trate, la evaluación de la competencia puede tener en cuenta también modalidades de presiones competitivas menos directas, como las limitaciones competitivas de fuera del mercado¹⁴⁰.
- (169) **Por ello, no se puede acoger la alegación de BOOKING.COM de que exista una tensión entre la definición de mercado y la imputación de esa conducta abusiva concreta.**
- (170) Asimismo, BOOKING.COM menciona en sus alegaciones una sentencia provisional del Tribunal de Ámsterdam, de 22 de febrero de 2023, en el caso Booking.com, pues, en su opinión, justificaría la definición de un mercado que incluya conjuntamente OTAs y canal directo, de acuerdo con la siguiente cita:
- “los hoteles están sometidos a la presión competitiva de Booking.com a través de su propia página web, y ello indica que el mercado debe definirse de forma más amplia que el de las OTAs”¹⁴¹*
- (171) Esta Sala coincide con la valoración de la DC plasmada en la PR, según la cual la interpretación que realiza BOOKING.COM del tenor de dicha sentencia resulta erróneo, pues la sentencia, en realidad, no se refiere al mercado que BOOKING.COM cuestiona (la prestación de servicios de intermediación de reservas en línea prestados a hoteles por parte de OTAs), sino a un mercado distinto, la venta minorista en línea de reservas hoteleras, en el que no cabe descartar (sección 4.2.2.1), en línea con lo señalado con la sentencia, que las OTAs se vean sometidas a la presión competitiva del canal directo en línea de los hoteles.
- (172) **Por ello, no se puede acoger la alegación de BOOKING.COM de que dicha sentencia invalide la definición de mercado realizada en la presente sección.**

¹⁴⁰ Este análisis es coherente con las conclusiones del AG Sr. Collins de 6 de junio de 2024 en relación con la petición de una decisión prejudicial planteada por el *Rechtbank Amsterdam* (Tribunal de Primera Instancia de Ámsterdam) vinculada a un procedimiento iniciado el 23 de octubre de 2020 por BOOKING.COM por el que solicitó a dicho Tribunal que declarara que sus cláusulas de paridad de precios no infringían el artículo 101 del TFUE (apartado 73).

¹⁴¹ Sentencia del Tribunal de Ámsterdam de 22 de febrero de 2023 en *Booking.com B.V. & Anor. v 25 Hours Hotel Company Berlin GMBH & Others*, párrafo 6.3.

- (173) Otro factor que alega BOOKING.COM para argumentar que el canal directo del hotel y las OTAs compiten es la existencia de *multihoming* por parte de los hoteles, es decir, el hecho de que los hoteles empleen distintos canales de distribución para comercializar sus habitaciones.
- (174) A juicio de esta Sala el empleo de distintos canales de distribución por parte de los hoteles no prueba, de por sí, nada acerca de la sustituibilidad entre los distintos canales empleados, ya que tal y como se ha indicado (véase párrafo (138)) el canal directo en línea y las OTAs resultarían canales complementarios (no sustitutivos) para los hoteles. Es más, los resultados del test de mercado realizado por la DC y que se expone en los párrafos (176) y siguientes de la presente resolución, realizado a una muestra de hoteles situados en España, apuntan claramente a que los hoteles consultados (tanto independientes como cadenas hoteleras) no ven el canal directo como sustitutivo de los servicios de intermediación de reservas en línea prestados por las OTAs.
- (175) **Por ello, no se puede acoger la alegación de BOOKING.COM de que el empleo de distintos canales implique que las OTAs compitan con el canal directo de venta de los hoteles.**
- (176) Una forma adicional de evaluar la sustituibilidad por el lado de la demanda entre el servicio de intermediación de las OTAs y otros canales de distribución viene dada por el test del monopolista hipotético o SSNIP test¹⁴², que, como su nombre indica, consiste en evaluar si el hipotético monopolista de un producto podría aplicar de forma rentable un incremento pequeño, pero significativo y no transitorio, del precio (aumento que, en la práctica, se cifra en un 5-10%):
- si dicho aumento es rentable para el hipotético monopolista, se considera que el producto constituye en sí mismo un mercado de producto relevante;
 - en cambio, si dicho aumento no fuera rentable, el mercado relevante debe incluir los productos hacia los cuales se ha desviado la demanda y repetir con ellos el ejercicio del test del monopolista hipotético hasta dar con el conjunto de productos en el que el aumento del precio por parte de un monopolista hipotético resulte rentable, que constituirían, por tanto, el mercado de producto relevante.
- (177) Al respecto, en el marco de la instrucción del expediente, la DC ha dirigido a una serie de hoteles ubicados en España diversos requerimientos para conocer su respuesta ante un aumento pequeño, pero significativo, y no transitorio de la comisión que les cobran todas las OTAs por reserva intermediada, aumento que

¹⁴² Por sus iniciales en inglés ‘*Small but Significant Non-transitory Increase in Price*’.

se cifró en un 5-10%. Todo ello con el fin de valorar la posible sustituibilidad por el lado de la demanda entre el canal OTA y otros canales en línea en una muestra representativa de hoteles¹⁴³ teniendo en cuenta el peso de los distintos modelos de hoteles en España (véanse párrafos (241) y (242), aparte del estudio de *Oxford Economics* y el estudio de mercado de la CE).

(178) A continuación, se ofrece un resumen de las respuestas recibidas de los hoteles consultados ante el aumento señalado de la comisión por reserva intermediada cobrado por todas las OTAs (el monopolista hipotético):

- Por lo que se refiere a los hoteles independientes, se han recibido 6 respuestas (de 8 consultados) que indican que:
 - o tres hoteles continuarían empleando las OTAs,¹⁴⁴
 - o un hotel no se plantea abandonar el uso de las OTAs, si bien trataría de reforzar el uso de otros canales (canales directos, tour operación tradicional),¹⁴⁵
 - o un hotel ha señalado que, si una OTA le subiera la comisión, intentaría canalizar las reservas hacia su sitio web,¹⁴⁶
 - o un hotel no se pronuncia, pues para él depende de las circunstancias.¹⁴⁷

Por tanto, de los 5 hoteles que se pronuncian, 4 de los hoteles independientes señalan que continuarían empleando las OTAs, aunque uno de ellos trataría de reforzar el uso de otros canales. El hotel restante se pronuncia meramente considerando el caso de una OTA que le subiera la comisión (y no el caso formulado por la DC de que todas las OTAs subieran la comisión), por lo que su respuesta no puede considerarse a efectos de la definición del mercado.

- Por lo que respecta a las cadenas hoteleras:
 - o se han recibido 5 respuestas de *cadenas nacionales* (del total de 5 consultadas) que señalan que
 - dos cadenas hoteleras continuarían empleando las OTAs,¹⁴⁸

¹⁴³ Concretamente, la DC se dirigió a una muestra de 17 hoteles que representaban a hoteles independientes (8), cadenas hoteleras nacionales (5) y cadenas hoteleras internacionales (4), dividiendo la muestra en dos zonas geográficas que pudieran dar cabida a la variedad de hoteles en España: un destino urbano (para lo cual se eligió Madrid) y un destino de costa (en este caso, la isla de Mallorca).

¹⁴⁴ Folios 4183, 4200 y 4259.

¹⁴⁵ Folios 4175 y 4176.

¹⁴⁶ Folio 4122.

¹⁴⁷ Folio 4245.

¹⁴⁸ Folios 4265 (folio 4269 versión no confidencial) y 4486.

- una cadena hotelera tampoco se plantea abandonar el uso de OTAs, pero trataría de reforzar el canal directo,¹⁴⁹
- una cadena hotelera señala la dificultad de abandonar por completo las OTAs,¹⁵⁰
- una cadena hotelera señala que fomentaría el canal directo y OTAs con un coste de comisión inferior.¹⁵¹

Por lo tanto, 3 de las 5 respuestas se pronuncian expresamente sobre la posibilidad de abandonar el canal OTA, señalando que no lo harían, si bien una de ellas trataría de reforzar el canal directo. Las otras dos respuestas recibidas no pueden emplearse a efectos de definición del mercado porque, o bien no se pronuncian expresamente, o bien no interpretan correctamente la pregunta (no valoran un aumento de la comisión por parte de todas las OTAs).

- Se han recibido 4 respuestas de *cadena internacional* (del total de 4 consultadas) que manifiestan que:
 - una cadena hotelera continuaría empleando las OTAs (aunque trataría de emplear las que tengan comisiones más bajas);¹⁵²
 - una cadena hotelera considera muy poco probable abandonar a las dos principales OTAs, BOOKING.COM y EXPEDIA. Señala que es posible que no pueda reemplazar sus reservas por otros canales en caso de abandono de dichas OTAs. Con todo, indica que los posibles canales que utilizaría para reemplazar las reservas en caso de abandono son OTAs más pequeñas, canales directos, sitios de metabúsqueda y otros canales de ocio;¹⁵³
 - una cadena hotelera considera difícil abandonar el canal OTAs. Además, le resultaría extremadamente difícil compensar la pérdida del canal OTA en su totalidad por otra fuente de distribución;¹⁵⁴
 - una cadena hotelera no aceptaría la subida de comisiones, pero se plantearía cambiar de opinión si una OTA aumentara su poder de

¹⁴⁹ Folio 4205.

¹⁵⁰ Folio 4188 (folio 4623 versión no confidencial).

¹⁵¹ Folio 4465 (folio 4472 versión no confidencial).

¹⁵² Folio 4231.

¹⁵³ Folios 4357 y 4358 (versión no confidencial folios 4424 y 4425).

¹⁵⁴ Folio 4438.

mercado. Al dejar de utilizar las OTAs, se centraría en el canal directo, potenciando los metabuscadores, entre otros.¹⁵⁵

En definitiva, de las respuestas recibidas (véase párrafo (160) sobre la muestra de hoteles requeridos), solo una cadena hotelera se plantearía abandonar el canal OTA, aunque lo condiciona (sic) a que no haya una OTA que aumente su poder de mercado.

- (179) Por tanto, las respuestas recibidas de los hoteles apuntan a que **un hipotético aumento pequeño, pero significativo, y no transitorio de la comisión cobrada por todas las OTAs sería rentable para un hipotético monopolista**, por lo que no existe un grado suficiente de sustituibilidad por el lado de la demanda por parte de otros canales en línea¹⁵⁶.
- (180) En relación con el test de mercado realizado por la DC a hoteles situados en España que se acaba de exponer, BOOKING.COM cuestiona la metodología empleada¹⁵⁷, lo cual invalidaría sus resultados, a tenor de los siguientes motivos:
- no se ha requerido a alojamientos privados,
 - no se explica el método seguido para la recogida de datos, por lo que la propia DC se estaría apartando de sus propias recomendaciones¹⁵⁸, y
 - el número de hoteles de la muestra es insuficiente y, por tanto, no representativa, de acuerdo con
 - o la práctica de la CNMC, recogida en los expedientes VS/639/08 *SESCAM*¹⁵⁹, VS-647/08 *Distribuciones Damm*¹⁶⁰, VS-652/07 *Repsol/Cepsa/BP*¹⁶¹ y S/0198/09 *ANCCE*¹⁶², y

¹⁵⁵ Folio 4342 (folio 4562 versión no confidencial).

¹⁵⁶ En este sentido, véase el párrafo 29 y siguientes de la Comunicación sobre la definición de mercado de referencia.

¹⁵⁷ Folios 7001 a 7002.

¹⁵⁸ CNMC (2018), *Guía para la presentación e informes económicos en la dirección de competencia de la CNMC*, página 5.

¹⁵⁹ Resolución de la CNC en el expediente VS 639/08, *SESCAM*, 20 de septiembre de 2013, página 4.

¹⁶⁰ Resolución de la CNC en el expediente VS-647/08, *Distribuciones Damm*, de 19 de febrero de 2008, página 3.

¹⁶¹ Resolución de la CNMC en el expediente 652/07, *Repsol/Cepsa/BP*, de 12 de junio de 2020, página 4.

¹⁶² Resolución de la CNC en el expediente S/0198/09 *ANCCE*, de 17 de mayo de 2011, página 25.

- de otras autoridades como la CE¹⁶³ o la autoridad británica de competencia¹⁶⁴

(181) Las argumentaciones en contra de la metodología seguida por la DC en los requerimientos realizados a hoteles situados en España carecen de fundamento por los siguientes motivos:

- En primer lugar, la encuesta no ha tenido en cuenta a los alojamientos privados porque (véanse párrafo (65) y siguientes), dichos alojamientos no pertenecen al mercado de producto relevante, por lo que no procede su inclusión de cara a analizar la sustituibilidad entre el canal OTA y otros canales en línea.
- En segundo lugar, y contrariamente a lo señalado por BOOKING.COM, la DC expuso claramente en el PCH y la PR la metodología empleada al seleccionar los hoteles consultados (véanse los párrafos 111 del PCH y 193 de la PR) y, que se cita en el párrafo (177) de la presente resolución, recogiendo un resumen de las respuestas de los hoteles recibidas, respuestas a las que ha podido acceder BOOKING.COM sin menoscabo de su derecho de defensa.
- Por último, por lo que se refiere a la alegación de que el número de hoteles consultados resultaría insuficiente, cabe señalar que:
 - los precedentes nacionales citados por BOOKING.COM hacen alusión a
 - expedientes de vigilancia en los que los requerimientos van dirigidos a dilucidar el grado de cumplimiento con una resolución sancionadora, o
 - los efectos restrictivos de una infracción de artículo 1 de la LDC que se considera acreditada,supuestos diferentes al caso que nos ocupa, que es la definición de mercado, y
 - existe una gran disparidad en el número de operadores consultados en los precedentes citados por BOOKING.COM, por lo que no cabe deducir, ni aún en casos de expedientes de vigilancia, un número concreto de operadores o porcentaje de estos que sirva de referencia absoluta para la suficiencia de una muestra. De hecho, en una resolución sancionadora

¹⁶³ CE (2011), “*Best practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of Articles 101 and 102 TFEU and in merger cases*”, párrafo 56,

¹⁶⁴ CMA (2018), “*Good practice in the design and presentation of customer survey evidence in merger cases*”, párrafo 2.31.

por incumplimiento (652/07, Repsol/Cepsa/BP), la CNMC consideró suficiente una muestra de 20 operadores¹⁶⁵, número similar al empleado en este expediente.

De hecho, la exigencia del empleo de un porcentaje en sectores con un elevado número de operadores, como es el caso del sector hotelero, podría hacer impracticable un test de mercado.

Dado el elevado número de hoteles que operan en España y que emplean los servicios de intermediación, la DC optó, tal y como se expuso cuidadosamente en párrafo 111 del PCH y 193 de la PR y figura en el párrafo (178) de la presente resolución, por dirigirse a 17 hoteles que representasen la variedad de tipos de hoteles presentes en nuestro país:

- 8 hoteles independientes, 5 cadenas nacionales y 4 cadenas internacionales, y
- a la vez, representativos a partes iguales un destino urbano (para lo cual se escogió la zona de Madrid, dado su elevado parque hotelero) y de turismo de playa en España (para lo cual se eligió la isla de Mallorca, también por su elevado parque hotelero).

Se obtuvieron 15 respuestas (6 hoteles independientes y todas las cadenas hoteleras consultadas), de las cuales se consideran válidas a efectos de la definición del mercado 12 de ellas¹⁶⁶. BOOKING.COM no señala en ningún momento motivo concreto por el cual el número y tipo de hoteles seleccionados adolezcan de suficiencia, más allá de realizar alegaciones genéricas sobre precedentes nacionales o la práctica de otras jurisdicciones. Es más, en realidad las 9 cadenas hoteleras representan un mayor número de hoteles, al integrar todos los hoteles que pertenecen a dichas cadenas.

En todo caso, como se ha referido anteriormente, la Comunicación revisada sobre definición de mercado señala en su párrafo 31 que *“aunque la Comisión puede basarse en los principios de la prueba del monopolista hipotético en su análisis del mercado de referencia, no está obligada a aplicar esta prueba de forma empírica, y otros tipos de elementos de prueba son igualmente válidos para aportar información a la definición de mercado [...] De hecho, en muchos casos la prueba del monopolista hipotético solo sirve como marco conceptual*

¹⁶⁵ Resolución de la CNMC en el expediente 652/07, *Repsol/Cepsa/BP*, de 12 de junio de 2020, página 88.

¹⁶⁶ En concreto, de cara a la muestra considerada, se consideraron como válidas 5 respuestas de hoteles independientes de 6 recibidas, 3 de cadenas hoteleras nacionales de 5 recibidas y las 4 respuestas recibidas de cadenas hoteleras internacionales. Véanse al respecto los párrafos (178) y (184) de la presente resolución y la nota al pie 174.

para interpretar los elementos de prueba disponibles”. Por ello, los resultados de la encuesta realizada por la DC deben ser puestos en contexto con el resto de las argumentaciones aportadas que justifican la diferencia entre las OTAs con otros canales de distribución que los configuran como mercados distintos.

- (182) **Por ello, no se puede acoger la alegación de BOOKING.COM sobre los defectos de la metodología seguida por el test de mercado llevado a cabo por la DC en el marco de la instrucción del expediente.**
- (183) BOOKING.COM reitera en sus alegaciones a la PR la validez de las respuestas¹⁶⁷, pues muchos de los hoteles encuestados habrían respondido que utilizarían otra OTA con una tasa de comisión más baja.
- (184) Al respecto, cabe señalar que solo hay dos hoteles que habrían malinterpretado la cuestión del test de mercado en dicho sentido, un hotel independiente¹⁶⁸ y una cadena hotelera nacional¹⁶⁹, y por ello ambas respuestas fueron excluidas de la valoración final. Existe un tercer caso, de una cadena hotelera internacional, que refuerza la falta de sustituibilidad entre el canal OTA con otros canales para los hoteles, pues dicha cadena señala expresamente la posibilidad de no poder compensar con otros canales de distribución las reservas que perdería en caso de abandonar las dos principales OTAs (BOOKING.COM y EXPEDIA).¹⁷⁰ Es más, dicha cadena hotelera internacional realiza la siguiente observación ilustrativa:

“Es esencial que nuestros hoteles aparezcan tanto en Booking.com como en Expedia visto que muchos consumidores creen que las OTA principales ofrecen listas completas y objetivas de alojamientos disponibles en la zona en cuestión. Si los consumidores que utilizan estas OTA ya están familiarizados con nuestras marcas (lo cual es posible, es necesario publicar los alojamientos en estas plataformas para evitar un efecto de “publicidad negativa” (es decir, que después de comprobar los resultados de búsqueda de una OTA líder, los consumidores puedan concluir, sin hacer más comprobaciones, que los hoteles que no aparecen no tienen propiedades o disponibilidad para la ubicación/fecha que se busca)”¹⁷¹ (énfasis propio).

- (185) **Por ello, no se puede acoger la alegación de BOOKING.COM sobre la invalidez de las respuestas.**
- (186) BOOKING.COM también alega que, de cara a valorar los resultados del test de mercado, no es preciso que los hoteles abandonen por completo el canal OTA,

¹⁶⁷ Folios 7001 a 7002.

¹⁶⁸ Folio 4122.

¹⁶⁹ Folio 4465 (folio 4472 versión no confidencial).

¹⁷⁰ Folios 4357 y 4358 (versión no confidencial folios 4424 y 4425).

¹⁷¹ Folio 4358 (versión no confidencial folio 4425).

sino que bastaría con que reduzcan su uso de modo que provoquen que el aumento de la comisión deje de ser rentable al hipotético monopolista en el canal OTA y el análisis realizado en base a las respuestas recibidas no sería concluyente en este sentido, de acuerdo con BOOKING.COM.

(187) En relación con esta alegación, cabe señalar que la pregunta formulada por la DC no excluía un abandono parcial del canal OTA. De hecho, dos de los encuestados respondieron en dicho sentido: un hotel independiente¹⁷² y una cadena hotelera nacional¹⁷³. Sin embargo, de las respuestas recibidas (incluidas las que habrían respondido con un abandono parcial del canal OTA), se deduce claramente que no hay una masa suficiente de hoteles que se decanten por otros canales de distribución de forma que no sea rentable el aumento de la comisión por parte de un monopolista hipotético en el canal OTA. Concretamente, entre los hoteles consultados que respondieron correctamente al test del monopolista hipotético¹⁷⁴, se obtuvieron las siguientes respuestas:

- **tres** hoteles independientes¹⁷⁵, **dos** cadenas hoteleras nacionales¹⁷⁶ y **una** cadena hotelera internacional¹⁷⁷ (**6 respuestas**) señalaron que continuarían empleando las OTAs, sin ningún atisbo de mención al empleo de otro canal;
- **una** cadena hotelera internacional indicó que era muy poco probable que abandonase a las dos principales OTAs, BOOKING.COM y EXPEDIA, y señaló que era posible que no pudiese reemplazar sus reservas por otros canales en caso de abandono de dichas OTAs;
- **una** cadena hotelera internacional considera difícil abandonar el canal OTAs. Además, le resultaría extremadamente difícil compensar la pérdida del canal OTA en su totalidad por otra fuente de distribución;¹⁷⁸

¹⁷² Folios 4175 a 4176 y 4122.

¹⁷³ Folio 4205.

¹⁷⁴ Como se ha indicado en los párrafos anteriores, se han considerado como respuestas 'correctas' o válidas 12 de las 15 recibidas. En concreto, como se ha señalado en el párrafo (178) de la presente resolución, se ha descartado la respuesta de un hotel independiente porque únicamente habría considerado en su respuesta el caso de una OTA que le subiera la comisión, y no el de todas las OTAs, por lo que su respuesta no es válida para la valoración de la sustituibilidad de la demanda entre el canal OTA y otros canales en línea. Igualmente, se han descartado otras 2 respuestas recibidas por las cadenas hoteleras nacionales de cara a la definición del mercado relevante porque, o bien no se pronuncian expresamente sobre la hipótesis planteada, o bien no interpretan correctamente la pregunta al no valoran un aumento de la comisión por parte de todas las OTAs,

¹⁷⁵ Folios 4183, 4200 y 4259.

¹⁷⁶ Folios 4265 (folio 4269 versión no confidencial) y 4486.

¹⁷⁷ Folio 4231.

¹⁷⁸ Folio 4438.

- **un hotel independiente¹⁷⁹ y una cadena hotelera nacional¹⁸⁰ (dos respuestas)** señalaron que continuarían empleando las OTAs, si bien tratarían de reforzar el uso de otros canales (canales directos, tour operación tradicional),
- **un hotel independiente** intentaría canalizar las reservas hacia el canal directo¹⁸¹ y **una cadena hotelera internacional (dos respuestas)** se plantearía abandonar el canal OTA, aunque lo condiciona (sic) a que no haya una OTA que aumente su poder de mercado.¹⁸²

(188) En resumen, de los 12 hoteles que respondieron correctamente¹⁸³ al test del monopolista hipotético,

- **8** respondieron en un sentido que haría rentable el aumento de la comisión por parte de un monopolista hipotético en el canal OTA (**66,6%**),
- **2** respondieron que continuarían empleando el canal OTA, aunque no queda claro si la sustitución parcial que harían del canal OTA por otro haría rentable el aumento de la comisión para el canal OTA (**16,6%**),
- **2** solo se plantearía abandonar el canal OTA (**16,6%**).

(189) **Por ello, no se puede acoger la alegación de BOOKING.COM sobre la consideración de que un abandono parcial del canal OTA invalide el análisis realizado.**

(190) En todo caso, cabe advertir que las respuestas de la muestra de hoteles ubicados en España sobre su reacción ante un aumento pequeño, pero significativo, y no transitorio de la comisión de las OTAs (del orden del 5-10%) podría sobreestimar la sustitución real existente entre las OTAs y otros canales en línea (y, por tanto, llevar a definir un mercado más amplio de lo real) debido a la llamada paradoja del celofán. De acuerdo con este fenómeno económico, en un mercado con un operador con una posición cercana al monopolio (como es el caso de BOOKING, véase sección 4.4.1), dicho operador fijará un precio/comisión tan elevado como le resulte rentable (precio monopolístico), observándose unos patrones de sustitución del bien considerado (intermediación de reservas por las OTAs) con otros canales (página web propia del hotel, mayoristas en línea) que no se producirían de ser el nivel de precios competitivo en el mercado del bien considerado (intermediación de reservas por OTAs). En otras palabras, los precios monopolísticos inducen un patrón de sustitución

¹⁷⁹ Folios 4175.

¹⁸⁰ Folio 4205.

¹⁸¹ Folio 4122.

¹⁸² Folio 4342 (folio 4562 versión no confidencial).

¹⁸³ Véase nota al pie 174.

artificial hacia otro tipo de productos que no se produciría bajo un nivel de precios competitivos del bien considerado.

- (191) BOOKING.COM alega que la cita de la paradoja del celofán alegada por la DC resulta errónea porque habría probado que el mercado es más amplio que las OTAs, por lo que no se puede suponer que el precio aplicado por BOOKING.COM sea de monopolio.
- (192) Sin embargo, las alegaciones de BOOKING.COM no se han mostrado capaces de invalidar la definición de mercado contenida en la PR (en cuanto a la existencia de un mercado relativo a la prestación de servicios de intermediación a hoteles por parte de agencias de viajes en línea -OTAs-). Por ello, la aplicabilidad de la paradoja del celofán en el presente caso mantiene su plena vigencia. En cualquier caso, incluso si se aceptara la pretensión de que la paradoja del celofán no resulta válida en el presente caso (*quod non*), ello no invalidaría el ejercicio realizado anteriormente en cuanto a la existencia de un mercado de producto relevante conformado por la prestación de servicios de intermediación de reservas en línea a hoteles por parte de OTAs.
- (193) **Por ello, no se puede acoger la alegación de BOOKING.COM de que la alusión a la paradoja del celofán resulte errónea.**
- (194) BOOKING.COM también esgrime que GOOGLE¹⁸⁴, AIRBNB¹⁸⁵ y EXPEDIA¹⁸⁶ habrían apoyado una definición del mercado más amplia que la considerada en el expediente en relación con los servicios de intermediación de reservas en línea que prestan las OTAs a los hoteles.
- (195) Con respecto a esta alegación cabe señalar que:
- GOOGLE ha indicado, en el marco del expediente, que

“Google presta servicios de búsqueda de hoteles. Google compite con otras empresas que también prestan servicios de búsqueda de hoteles y, de forma más general, con empresas activas en la prestación de servicios de intermediación online de alojamiento” (como BOOKING.COM).¹⁸⁷

Sin embargo, la parquedad de esta declaración de GOOGLE no permite discernir en qué mercado concreto competiría GOOGLE con las OTAs. Es más, es preciso tener en cuenta que

¹⁸⁴ Folio 1311 y 1312 (versión no confidencial 1325 y 1326).

¹⁸⁵ Folio 1372 (versión no confidencial 1423).

¹⁸⁶ Folio 2263 (versión no confidencial 2497).

¹⁸⁷ Folio 1311 y 1312 (versión no confidencial 1325 y 1326).

- GOOGLE no compite con BOOKING.COM a la hora de prestar servicios de intermediación de reservas en línea para hoteles, al no estar presente en el mismo, y
 - de acuerdo con el análisis anterior (sección 4.2.1.1.3), OTAs (como BOOKING.COM) y MSS (como GOOGLE) no pertenecen al mismo mercado.
- AIRBNB ha hecho referencia, en el marco del expediente, al entorno competitivo en el que opera¹⁸⁸ remitiéndose a un formulario S-1 que presentó ante la Comisión de Bolsa y Valores de Estados Unidos (*U.S. Securities and Exchange Commission*, en inglés).¹⁸⁹
- Un examen de este formulario¹⁹⁰ permite comprobar que las referencias a supuestos competidores de AIRBNB contenidas en el mismo no se ajustan al análisis de la definición de mercado realizado bajo el derecho de la competencia español y comunitario. Así, por ejemplo, AIRBNB cita como competidores suyos a buscadores de internet (Google, Baidu) y MSS (TripAdvisor, Trivago...), mercados diferenciados al de los servicios que presta una OTA, de acuerdo con el análisis llevado a cabo previamente (sección 4.2.1.1.3). Además, al igual que ocurría con las declaraciones citadas anteriormente de GOOGLE, el formulario no permite discernir a qué mercados se está refiriendo cuando habla de empresas con las que competiría AIRBNB.
- Las manifestaciones de EXPEDIA, realizadas en el marco del expediente, sobre la amplitud del mercado¹⁹¹ son genéricas y no contienen un razonamiento que sustente sus conclusiones. En particular, la presente resolución ya recoge algunas observaciones de esta Sala al respecto en relación con algunas observaciones de EXPEDIA, por haberlas realizado también BOOKING.COM, tales como
- el rol de los MSS para atraer clientes finales (vid. párrafos (159) y (160), y
 - la equiparación entre los sitios web de algunas marcas hoteleras y las OTAs (vid. párrafos (147) y (148)).

¹⁸⁸ Folio 1372 (versión no confidencial 1423).

¹⁸⁹ Concretamente, se trata del formulario S-1 que presentó como parte de la Oferta Pública de Venta realizada por AIRBNB en diciembre de 2020 en el mercado bursátil NASDAQ, formulario disponible en <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1559720/000119312520294801/d81668ds1.htm>

¹⁹⁰ Página 35 del formulario.

¹⁹¹ Folio 2263 (versión no confidencial 2497).

Por ello, las manifestaciones de EXPEDIA no tienen capacidad para desvirtuar los precedentes citados, el análisis de las características del mercado contenido en la resolución y los resultados del test de mercado

- (196) **Por tanto, no se puede acoger la alegación de BOOKING.COM de que las afirmaciones de GOOGLE, AIRBNB y EXPEDIA refrenden una definición del mercado más amplia que la contenida en la presente resolución.**
- (197) BOOKING.COM señala en sus alegaciones a la PR¹⁹² que en el precedente de la CNMC de la concentración *Barceló/Deneb* aparecen difuminadas las diferencias entre canales de distribución, apoyando una definición de mercado más amplia.¹⁹³
- (198) Dicho precedente no es relevante a efectos del presente expediente, dado que una lectura correcta del citado precedente revela que:
- la posible difuminación alegada por BOOKING.COM es simplemente una declaración de la notificante que se refleja en el informe propuesta (en su párrafo 63 del informe propuesta de la DC en el caso C/1109/20, *Barceló/Deneb*);
 - la parte del precedente citada por BOOKING.COM se centra en la actividad de las agencias de viajes mayoristas, sin abordar los servicios de intermediación de reservas en línea prestados por OTAs, que son objeto de análisis en este mercado.
- (199) **Por ello, no se puede acoger la alegación de BOOKING.COM de que quepa citar como precedente relevante en este caso la concentración *Barceló/Deneb*.**
- (200) En otra alegación, BOOKING.COM argumenta que los razonamientos en materia de definición del mercado relevante en el asunto *Compare the market* (recogidos en la sentencia del Tribunal de recursos en materia de competencia británico conocido como CAT, por sus siglas en inglés -*Competition Appeal Tribunal*-),¹⁹⁴ resultan aplicables al presente expediente, al versar dicha sentencia sobre una plataforma online de dos lados que intermedia la venta de un producto (comparadores en línea de precios de seguros) e invalidarían las conclusiones

¹⁹² Folio 7002.

¹⁹³ Resolución de la CNMC, de 8 de mayo de 2020, en la concentración C/1109/20, *Barceló/Deneb*, párrafos 63 a 66 del informe propuesta.

¹⁹⁴ Sentencia del CAT, de 8 de septiembre de 2022, en el asunto 1380/1/12/21 *BGL (Holdings) Limited & Others v Competition and Markets Authority (CMA)*, disponible en <https://www.catribunal.org.uk/sites/cat/files/2022-08/20220808%201380%20BGL%20v%20CMA%20Approved%20Judgment%20%5B2022%5D%20CAT%2036%20-%20Website%20%281%29.pdf>

sobre el mercado de producto recogidas en el expediente. En concreto, BOOKING.COM considera que los siguientes razonamientos, en materia de definición del mercado relevante, del CAT en dicha sentencia, son aplicables al presente expediente:

- En presencia de una plataforma de dos lados en la que los servicios por el lado del consumidor se prestan gratuitamente, el CAT habría considerado que el análisis debe centrarse en el "*producto focal*" del lado relevante de la plataforma: en el caso del CAT la prestación de servicios de intermediación de seguros de hogar a los consumidores (y no, por ejemplo, los servicios prestados por la plataforma a las aseguradoras).
- El examen de las alternativas (sustitutos) para el producto focal por parte del CAT habría mostrado que el mercado de referencia no se limitaba a las plataformas de intermediación de seguros online, porque la sustituibilidad para adquirir productos de seguros de hogar existía a través de muchos canales diferentes que entrarían dentro del mercado de referencia.

(201) Esta Sala, por las razones que se exponen a continuación, considera que el caso británico citado por BOOKING.COM no resulta relevante a efectos de la presente resolución:

- En primer lugar, cabe recordar que la sentencia de un tribunal británico no tiene efectos vinculantes sobre el presente caso, sometido al Derecho español y de la UE.
- En segundo lugar, no puede sostenerse, como realiza BOOKING.COM, que los razonamientos realizados para un tipo de plataforma diferente como es el caso británico, relativo a comparadores online de precios de seguros, se puedan aplicar automáticamente y de forma universal al presente expediente, relativo a los servicios de intermediación de reservas en línea a hoteles. Al contrario, lo que procede en estas circunstancias, es un análisis específico a la luz de los precedentes en supuestos similares y seguir la normativa aplicable en materia de definición del mercado relevante, basándose en los datos del mercado español, complementado por el test de mercado anteriormente abordado.
- El hecho de considerar conjuntamente los dos lados de mercados en los que participa una plataforma a la hora de definir el mercado de producto, tal y como habría realizado el CAT según BOOKING.COM, no procede en circunstancias como las del sector examinado en el presente expediente, por dos motivos principales:
 - o En primer lugar, en la presente resolución, se diferencian las prácticas de una plataforma sobre un lado de la misma (los hoteles), que, en el

presente caso, versan sobre políticas comerciales y términos contractuales que deben suscribir los hoteles que emplean sus servicios de intermediación de reservas en línea. Por ello, incluir el lado del consumidor (la venta minorista) a la hora de definir el mercado en el que tienen lugar dichas prácticas no aporta un valor añadido, y más bien podría detraerle claridad.

- Los actores con los que compite una plataforma como BOOKING.COM no son los mismos en los dos lados en los que opera, por lo que el análisis de las presiones competitivas a las que hace frente una OTA con inventario propio de hoteles como BOOKING.COM se volvería inservible si se consideran conjuntamente los dos lados en los que opera:
 - así, como por el lado del hotel, BOOKING.COM compite con otras OTAs como EXPEDIA a la hora de conseguir hoteles que contraten sus servicios de intermediación;
 - a la hora de atraer a los consumidores, BOOKING.COM no solo compite con otras OTAs con inventario hotelero propio (como EXPEDIA), sino también con
 - otras OTAs cuyo inventario hotelero proviene de mayoristas (bancos de camas), GDS o un contrato de asociación comercial con otra OTA que sí tiene inventario de hoteles (como BOOKING.COM, con contratos directos con hoteles), y
 - según la propia BOOKING.COM, con el sitio web del hotel.
- Frente a este razonamiento, BOOKING.COM reitera en sus alegaciones a la PR que existen interacciones entre los dos lados del mercado. Pone como ejemplo que los hoteles que se enfrentan a comisiones más elevadas como resultado de un SSNIP en el lado del alojamiento repercutirán dicho aumento a los consumidores finales a través del precio publicado en Booking.com, lo que provocará que algunos de ellos abandonarán las OTAs en favor de otros canales online y offline. No obstante, a juicio de esta Sala, aun si se considerara probado dicho efecto -lo cual no está probado-, se ignora deliberadamente la propia existencia de las cláusulas de paridad de precios que se analizan en el presente procedimiento pensadas precisamente para desincentivar dicha transferencia de consumidores a otros canales de reservas.

- (202) **Por ello, no se puede acoger la alegación de BOOKING.COM de que quepa citar como precedente relevante en este caso el asunto *Compare the market*.**
- (203) BOOKING.COM ahonda en sus alegaciones en la consideración de que el mercado de producto incluye los dos lados en los que opera una OTA (hoteles y cliente final) y para ello esgrime que el test del monopolista hipotético tiene repercusiones en los dos lados del mercado: el aumento de la comisión no solo afectaría a los hoteles (y su elección de posibles sustitutos de las OTAs), sino a los consumidores, que podrían ver aumentado como resultado el precio final del hotel ofrecido a través del canal OTA, provocando que no fuera rentable si los clientes desviarán su demanda a otros canales.
- (204) De nuevo, esta Sala considera que el argumento alegado por BOOKING.COM para definir un mercado de producto que englobe los dos lados que atiende una plataforma, no se encuentra justificado a tenor de los siguientes motivos:
- Como se ha señalado anteriormente (párrafo (201)), los operadores que compiten en ambos lados de la plataforma no son ni siquiera idénticos, por lo que no tiene sentido hablar de un único mercado que englobe a los dos lados/demandas (hoteles/consumidores finales) que atiende una plataforma.
 - El ejercicio del monopolista hipotético siempre parte (como reconoce la propia BOOKING.COM) del conjunto más restringido de productos que suministra el producto en cuestión, que, en el presente caso, es el afectado por las prácticas objeto de investigación, el servicio de intermediación de reservas en línea que prestan las OTAs a los hoteles. Partiendo de este producto restringido, el órgano instructor ha evidenciado, tras dirigirse a una muestra representativa de hoteles situados en España, que el aumento de comisión que conlleva el test resultaría rentable para un monopolista hipotético de dicho servicio de intermediación, por lo que no procede ampliar el mercado, como pretende BOOKING.COM.
 - La argumentación de BOOKING.COM (de que el aumento de la comisión a los hoteles podría no resultar rentable para un monopolista hipotético si se tiene en cuenta el efecto último que tiene sobre los consumidores finales) es un debate antiguo en la definición de mercado que no es exclusivo de las plataformas de dos lados y que se corresponde con la cuestión de si se debe tener en cuenta la presión competitiva indirecta ejercida por las fuerzas de la oferta y demanda de un mercado que se encuentra más allá del mercado hipotético que cabe identificar aplicando el método de definición de mercado sin tener en cuenta la competencia indirecta.

El caso paradigmático es un producto que forma parte de una cadena vertical, como es el caso que nos ocupa (distribución hotelera en línea a través de OTAs). En este sentido, el Tribunal General de la UE en el asunto Tetra Pak¹⁹⁵ consideró que el mercado se había definido correctamente considerando factores estrictamente asociados con el producto analizado y la presión competitiva directa¹⁹⁶, llegando a afirmar explícitamente que el test sobre el grado de sustituibilidad entre los productos debe aplicarse de modo horizontal, excluyéndose la elasticidad cruzada en relaciones verticales con productos en mercados aguas abajo (i.e., la presión competitiva indirecta)

*“de conformidad con la jurisprudencia [...] la Comisión aplicó el criterio de la posibilidad de sustitución suficiente de los productos en la fase de los propios sistemas de envasado, que constituyen el mercado de los productos intermedios en el que debe apreciarse la posición de Tetra Pak, y no en la fase de los productos finales, en el presente caso, los productos líquidos alimenticios envasados.”*¹⁹⁷

De hecho, BOOKING.COM no proporciona un precedente en materia de plataformas de dos lados en el que la presión competitiva indirecta que alega haya conducido a definir un mercado de producto relevante que englobe los dos mercados en los que opera la plataforma. Es más, la jurisprudencia comunitaria relacionada con mercados de dos lados rechaza claramente el enfoque propugnado por BOOKING.COM¹⁹⁸, lo cual no obsta para que la naturaleza poliédrica o multilateral (i.e., efectos cruzados) sea tenida en cuenta a efectos de evaluar el poder de mercado o los efectos de la práctica examinada.

- (205) En definitiva, y siguiendo la jurisprudencia comunitaria, el hecho que dos mercados estén verticalmente relacionados (y, por tanto, lo que ocurra aguas arriba afecta a lo que ocurre aguas abajo) no puede llevar a definirlos como un único mercado, tal y como pretende BOOKING.COM.
- (206) **Por ello, no se puede acoger la alegación de BOOKING.COM de que quepa definir un mercado de producto que englobe los dos lados.**

¹⁹⁵ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) de 6 de octubre de 1994, *Tetra Pak*, T-83/91 EU:T:1994:246.

¹⁹⁶ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) de 6 de octubre de 1994, *Tetra Pak*, T-83/91 EU:T:1994:246, párrafo 64.

¹⁹⁷ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) de 6 de octubre de 1994, *Tetra Pak*, T-83/91 EU:T:1994:246, párrafo 66.

¹⁹⁸ Véanse, a título ejemplificativo: Sentencia del Tribunal General (Sala Séptima) de 24 de mayo de 2012, *MasterCard*, T-111/08, EU:T:2012:260, párrafos 175 y 177 (véanse también los párrafos 181 y 182) y Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de septiembre de 2014, *Groupement des cartes bancaires* (CB), C-67/13, EU:C:2014:2204, párrafos 76 a 79.

4.2.1.1.5. Conclusión

- (207) En atención a lo anterior, y a efectos del presente expediente, se considerará que la **prestación de servicios de intermediación de reservas en línea a hoteles por parte de agencias de viajes en línea (OTAs) constituye un mercado de producto relevante diferenciado de otros canales**, ya sea físicos o en línea, a los que puede acudir un hotel para llegar al usuario final, tal como el canal directo, los MSS, etc.
- (208) Obsérvese que **en este mercado considerado no se incluyen las OTAs que no han sido contratadas por los hoteles de forma directa, dado que dichas OTAs no compiten por atraer hoteles**, al aprovisionarse para su inventario de tipo hotelero de otras fuentes como:
- comerciantes mayoristas que compren habitaciones al por mayor y luego las revenden (entre los que se encuentran los llamados ‘bancos de camas’);
 - las propias OTAs contratadas por los hoteles de forma directa, que ofrecen a otras OTAs su inventario con arreglo a los acuerdos de asociación comercial comentados anteriormente. Esta práctica del mercado muestra, además, cómo un competidor de una OTA a nivel del usuario (la OTA sin inventario propio) no lo es a nivel de atraer un hotel.

4.2.1.2. Mercado geográfico

- (209) Los precedentes de otros Estados miembros aplicando el TFUE han analizado las OTAs en clave nacional, varios de ellos centrándose en OTAs que ofrecen alojamiento hotelero. Estos son los casos de:
- las decisiones de la autoridad alemana de competencia, de 20 de diciembre de 2013, relativa a HRS¹⁹⁹, y, de 23 de diciembre de 2015, relativa a Booking.com²⁰⁰,
 - las revisiones judiciales en Alemania de dichas decisiones²⁰¹ y

¹⁹⁹ Párrafos 108 y siguientes de dicha decisión.

²⁰⁰ Párrafos 155 y siguientes de dicha decisión.

²⁰¹ Sentencia del Tribunal Superior Regional de Düsseldorf de 9 de enero de 2015, *HRS vs Bundeskartellamt* (párrafos 78 y 79) y Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 18 de mayo de 2021, *BOOKING.COM vs Bundeskartellamt* (párrafo 51). Una traducción en inglés de dicha sentencia (no oficial) se encuentra disponible en

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Others/BGH_Entscheidung_Booking_EN.pdf?__blob=publicationFile&v=3

BOOKING.COM, en el marco de los recursos judiciales a la decisión de la autoridad alemana de competencia que declaró anticompetitivas sus cláusulas de paridad y no presentó objeciones a dicho ámbito geográfico del mercado relevante.

- la decisión de la autoridad sueca de competencia, de 15 de abril de 2015, en el asunto BOOKING.COM.²⁰²

- (210) La conclusión de que el **ámbito geográfico del mercado de sus servicios de intermediación de reserva a los hoteles es nacional** se ve incluso reforzada por el hecho que las OTAs fijan sus condiciones comerciales a los hoteles de forma diferenciada por Estados miembros (por ejemplo, a nivel de comisiones, alcance de la cláusula de paridad de precios...), lo cual muestra que la competencia en la principal variable comercial (precio/comisión) varía de un país a otro.
- (211) Es más, las principales OTAs del mercado (como es ciertamente el caso de BOOKING.COM y EXPEDIA) cuentan con presencia en España y empleados locales para contar con un mejor conocimiento del mercado hotelero nacional, lo cual facilita la incorporación de nuevos hoteles a sus OTAs y mantener la relación comercial con los hoteles españoles que ya forman de la OTA. Por ejemplo, el grupo Booking Holdings (al que pertenece BOOKING.COM) cuenta con una filial en España, Bookings Hispánica, S.L., que aglutina los equipos comerciales que prestan servicios de apoyo a BOOKING.COM llevando las relaciones con los hoteles ubicados en España, con 8 oficinas en la geografía española²⁰³. Dicha filial cuenta con **[CONFIDENCIAL]**.²⁰⁴ Lo anterior evidencia que, para una OTA, no sirve el mismo conocimiento del sector hotelero de un país a otro.
- (212) A mayor abundamiento, el Estudio de Mercado de la CE pone de manifiesto que el grado de penetración de las OTAs entre los hoteles independientes (tabla 11 de dicho estudio)²⁰⁵, así como su peso como canal (tabla 13 de dicho estudio)²⁰⁶, difiere de un Estado Miembro a otro, lo cual pone de manifiesto que la dinámica competitiva en este mercado cambia de un país a otro.

²⁰² Párrafo 15 de dicha decisión.

²⁰³ Folio 4902

²⁰⁴ Folio 4562.

²⁰⁵ El Estudio de Mercado de la CE muestra que en 2021 el 77% de los hoteles independientes ubicados en España contactados para la encuesta (esto es, un total de 55) manifestaron utilizar OTAs.

²⁰⁶ El Estudio de Mercado de la CE muestra que en 2021 el 48% de las ventas de los hoteles independientes ubicados en España contactados para la encuesta tuvieron lugar a través del canal OTA.

4.2.2. Venta minorista en línea de reservas de alojamiento de tipo hotelero

4.2.2.1. Mercado de producto

- (213) Se ha señalado previamente (véase la introducción de la sección 4.2) que las OTAs, dada su naturaleza de plataforma, satisfacen dos tipos de demanda:
- la demanda de prestación de servicios de intermediación de reservas hoteleras en línea, por parte de los alojamientos de tipo hotelero, y
 - la demanda de servicios de búsqueda, comparación y reserva hotelera en línea, por parte de los consumidores finales.
- (214) Cabe preguntarse, por tanto, cuál es el mercado de producto en el que operan las OTAs a nivel minorista, esto es, satisfaciendo la demanda de los consumidores finales a la hora de realizar reservas hoteleras en línea.
- (215) Ya se ha analizado en la sección 4.2.1.1.2 cómo la distribución de servicios de viajes a través de canales en línea constituye un mercado separado de la distribución de servicios de viajes a través de otros canales (*offline*).
- (216) Por tanto, en una primera aproximación, **cabe definir un mercado de producto relativo a la venta minorista en línea de reservas de alojamiento de tipo hotelero.**
- (217) A continuación, procede examinar si resulta preciso realizar una ulterior segmentación del mercado en función del canal en línea empleado para llegar al consumidor final (OTA, metabuscador, sitio web del hotel...).
- (218) La evidencia no es concluyente sobre la procedencia de realizar esta segmentación a nivel de OTAs.
- (219) Por un lado, las OTAs esgrimen que compiten con otros canales para atraer al consumidor final, y que éste puede consultar fácilmente los distintos canales para escoger dónde realizar su reserva²⁰⁷. En este sentido, cabe recordar que las cláusulas de paridad de precios estrechas se han justificado tradicionalmente para evitar el desvío del cliente final desde el canal OTA al sitio web del hotel a la hora de realizar la reserva (como es el caso de BOOKING.COM en el marco del expediente²⁰⁸).
- (220) Por otro lado, cabe señalar que las OTAs ofrecen un valor añadido al cliente final diferenciado frente a otros canales:

²⁰⁷ Folios 7000 a 7006 (folios 7125 a 7128 no confidenciales)

²⁰⁸ Folio 3160.

- al permitir la búsqueda de distintos hoteles por destino, así como la comparación de sus tarifas, y
 - al tener una potente imagen de marca a nivel nacional e incluso internacional (basada en el recorrido comercial, nivel de servicios e inventario de hoteles de estas OTAs), lo cual otorga confianza al consumidor que emplea sus servicios de reserva.
- (221) Por ello, a ojos del consumidor, la propuesta comercial de una OTA no resulta necesariamente idéntica a la de otros canales de distribución en línea.
- (222) En cualquier caso, en la medida en que la delimitación de un mercado separado de venta minorista en línea de reservas de tipo hotelero a través de OTAs no afecta el análisis llevado a cabo en el presente expediente, **se puede dejar abierta, - sin excluirla -, una ulterior segmentación dentro del mercado de venta minorista en línea de reservas de alojamiento de tipo hotelero**, sin perjuicio de que las prácticas anticompetitivas objeto del presente expediente hayan podido tener una especial incidencia en el segmento de venta minorista en línea a través de OTAs.
- (223) En atención a lo anterior, a efectos del análisis de las conductas objeto del presente expediente, esta Sala considera como **mercado de producto relevante el mercado de venta minorista en línea de reservas de alojamiento de tipo hotelero**, ya que las prácticas analizadas tienen la aptitud de afectar potencialmente la venta minorista en línea de reservas de alojamiento de tipo hotelero, independientemente del canal empleado para ello.

4.2.2.2. Mercado geográfico

- (224) Los precedentes comunitarios coinciden en que el ámbito geográfico de **los mercados de distribución de los distintos tipos de servicios de viajes es nacional**.
- (225) Así, las decisiones de la CE en las concentraciones M.8046 *TUI/Transat*²⁰⁹ y M.6163 *AXA/PERMIRA/OPODO/GO VOYAGES/EDREAMS*²¹⁰ declararon que resulta probable que los mercados de distribución de los distintos tipos de servicios de viajes sean nacionales, especialmente a tenor de las barreras lingüísticas.

²⁰⁹ Decisión de la CE de 20 de octubre de 2016 en el caso COMP/M.8046 - TUI/Transat, párrafo 104 y siguientes.

²¹⁰ Decisión de la CE de 30 de mayo de 2011 en el caso COMP/M.6163 - AXA/PERMIRA/OPODO/GO VOYAGES/EDREAMS, párrafo 29 y siguientes.

- (226) Lo anterior no implica que, aunque la prestación del servicio de intermediación de reservas a hoteles sea de ámbito nacional, la posterior venta minorista de esas plazas hoteleras por parte de las OTAs se realice en distintos países en función de la residencia del cliente final al que se dirija la OTA. A título de ejemplo, un hotel situado en España que contrate los servicios de intermediación de reservas de una OTA, aparecerá en las distintas páginas web que tenga la OTA para atender las demandas finales de clientes en distintos países (y, por tanto, no solo España).
- (227) Así, en el acuerdo que firma con BOOKING.COM un hotel situado en España, se explicita que el servicio de intermediación de reservas se presta en todo el sitio web, la aplicación, las herramientas y/o la plataforma de BOOKING.COM y/o sus afiliados y socios colaboradores, sin limitar el servicio prestado a clientes finales situados en España.²¹¹
- (228) Por lo que respecta a la segunda mayor OTA del mercado, el Grupo Expedia, éste ha señalado que la oferta de alojamiento de los hoteles situados en España que trabajen con él se mostrará en todos los sitios web del Grupo.²¹²

4.3. Conclusiones sobre los mercados relevantes afectados

- (229) A los efectos de la presente resolución, esta Sala considera que los mercados relevantes afectados son:
- **el mercado de servicios de intermediación de reservas en línea a los hoteles, por parte de OTAs, en España,**
 - **el mercado de venta minorista en línea de reservas hoteleras en España.**

4.4. Estimación del tamaño de los mercados relevantes afectados y cuotas

4.4.1. Mercado de servicios de intermediación de reservas en línea a los hoteles, por parte de OTAs, en España

- (230) A continuación, se ofrece una **estimación del tamaño del mercado de servicios de intermediación de reservas en línea a hoteles por parte de OTAs en España** a partir de los datos obrantes en el expediente, que proceden

²¹¹ Véase la definición del concepto de ‘plataforma’ recogido en las Cláusulas Generales de Contratación que suscribe un hotel en España con BOOKING.COM, por ejemplo, en la versión de dichas Cláusulas de diciembre de 2021 (folio 1959).

²¹² Folio 2260 (folio 2494 versión no confidencial).

exclusivamente de OTAs con inventario propio de habitaciones de hoteles ubicados en España.

(231) Esta estimación se ofrece bajo las siguientes métricas para el periodo 2019-2022:

- el importe de las comisiones percibidas por las OTAs abonadas por hoteles ubicados en España (**Tabla 6**);
- el importe de las reservas hoteleras intermediadas por OTAs a hoteles ubicados en España (**Tabla 7**);
- el número de las reservas hoteleras intermediadas por OTAs a hoteles ubicados en España (**Tabla 8**).

(232) En relación con dichos datos, cabe realizar las siguientes precisiones:

- En los datos del grupo Airbnb se incluye los de su empresa HotelTonight, que presta servicios de intermediación tanto a hoteles como a OTAs terceras.
- Se han excluido OTAs que no cuentan con inventario propio de hoteles, al basarse su oferta en el inventario proporcionado por:
 - o bancos de camas, como es el caso de las OTAs del Grupo Logitravel²¹³,
 - o sistemas de distribución global (GDS), u
 - o otras OTAs, en virtud de acuerdos de asociación comercial, como es el caso del Grupo eDreams o el Grupo Lastminute-Bravofly. En este caso, sus datos de reservas hoteleras se han incluido dentro de la OTA que les ha provisto el inventario hotelero.²¹⁴
- Se han excluido los MSS (tales como Google Hotels, Trivago, KAYAK, Tripadvisor...), pues, tal y como se ha expuesto, forman parte de un mercado relevante diferenciado.
- Si bien el Grupo Logitravel y Viajes El Corte Inglés (VECI) se fusionaron en 2022, VECI ha aportado sus datos relativos a 2022 de modo separado.²¹⁵

Tabla 6. Comisiones percibidas por OTAs por la intermediación de reservas en línea a hoteles situados en España

(233) **[CONFIDENCIAL]**

²¹³ Folios 558 y 3920, así como la información disponible en <https://www.logitravelgroup.com/our-brands/introduction-to-our-brands/>

²¹⁴ Folio 1506.

²¹⁵ Folio 3918.

Importe (€) de las comisiones percibidas en España								
Empresa	2019	%	2020	%	2021	%	2022	%
Booking.com	CONF	80-90%	CONF	80-90%	CONF	80-90%	CONF	70-80%
Agoda	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%
Priceline	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%
Grupo BOOKING.COM	CONF	80-90%	CONF	80-90%	CONF	80-90%	CONF	70-80%
Grupo Expedia	CONF	10-20%	CONF	10-20%	CONF	0-10%	CONF	10-20%
Grupo Airbnb	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%
Atrápalo	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%
Viajes El Corte Inglés	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%
Grupo Destinia	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%
HRS	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%
Trip.com	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%
TOTAL	CONF	100%	CONF	100%	CONF	100%	CONF	100%

Fuente: elaboración propia a partir de datos obrantes en el expediente²¹⁶ (datos en \$ de AGODA, PRICELINE, EXPEDIA y AIRBNB transformados a € a los tipos de cambio oficiales)

Tabla 7. Valor de las reservas intermediadas en línea por las OTAs a hoteles situados en España

(234) [CONFIDENCIAL]

Valor (€) de las reservas intermediadas en España								
Empresa	2019	%	2020	%	2021	%	2022	%
Booking.com	CONF	70-80%	CONF	80-90%	CONF	80-90%	CONF	70-80%
Agoda	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%
Priceline	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%
Grupo BOOKING.COM	CONF	70-80%	CONF	80-90%	CONF	80-90%	CONF	70-80%
Grupo Expedia	CONF	10-20%	CONF	0-10%	CONF	10-20%	CONF	20-30%
Grupo Airbnb	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%
Atrápalo	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%
Viajes El Corte Inglés	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%
Grupo Destinia	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%
HRS	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%
Trip.com	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%
TOTAL	CONF	100%	CONF	100%	CONF	100%	CONF	100%

Fuente: elaboración propia a partir de datos obrantes en el expediente (datos en \$ de AGODA, PRICELINE, EXPEDIA y AIRBNB transformados a € a los tipos de cambio oficiales)

Tabla 8. Número reservas intermediadas en línea por las OTAs a hoteles situados en España

(235) [CONFIDENCIAL]

²¹⁶ Folios 5776-5779.

Número de reservas intermediadas en España								
Empresa	2019	%	2020	%	2021	%	2022	%
Booking.com	CONF	80-90%	CONF	80-90%	CONF	80-90%	CONF	70-80%
Agoda	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%
Priceline	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%
Grupo BOOKING.COM	CONF	80-90%	CONF	80-90%	CONF	80-90%	CONF	70-80%
Grupo Expedia	CONF	10-20%	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	20-30%
Grupo Airbnb	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%
Atrápalo	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%
Viajes El Corte Inglés	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%
Grupo Destinia	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%
HRS	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%
Trip.com	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%	CONF	0-10%
TOTAL	CONF	100%	CONF	100%	CONF	100%	CONF	100%

Fuente: elaboración propia a partir de datos obrantes en el expediente²¹⁷

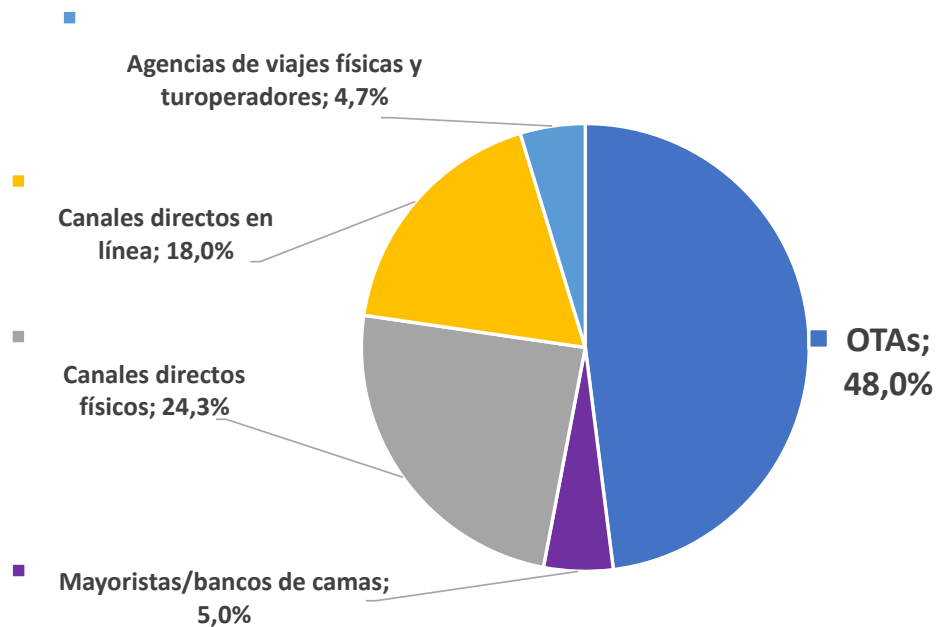
- (236) BOOKING.COM reitera en sus alegaciones a la PR su crítica de que se haya excluido del análisis del tamaño del mercado a las OTAs que han obtenido su inventario de otras OTAs a través de acuerdos comerciales de afiliación, como es el caso de eDreams o LASTMINUTE ²¹⁸.
- (237) Al respecto, cabe señalar que teniendo en cuenta que sus datos de reservas hoteleras se han incluido dentro de las OTAs que les ha provisto el inventario hotelero²¹⁹, si fueran contabilizadas como parte del mercado se estaría sobreestimando el tamaño del mismo, contabilizando dos veces una misma estancia hotelera.
- (238) Cabe resaltar que, de acuerdo con el Estudio de Mercado de la CE, en 2021 el 48% de las ventas de los hoteles independientes ubicados en España que fueron contactados para el Estudio tuvieron lugar a través del canal OTA (tal y como muestra el **Gráfico 2**).

²¹⁷ Folios 5776-5779.

²¹⁸ Folios 7129.

²¹⁹ Folio 1506.

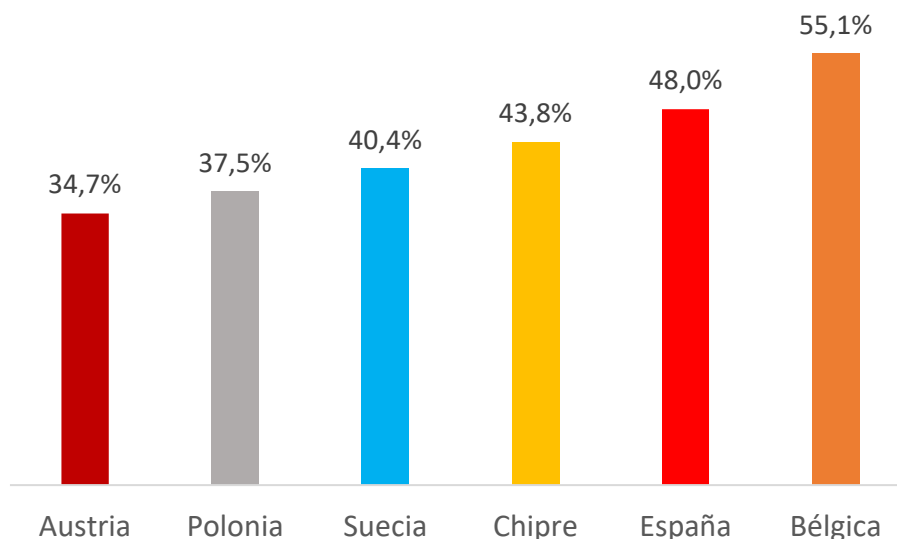
Gráfico 2. Cuota de los distintos canales de venta en España dentro de las ventas de los hoteles independientes situados en España



Fuente: Estudio de Mercado de la CE (tabla 13).

- (239) De los países incluidos en el Estudio de Mercado de la CE, sólo Bélgica (donde las OTAs suponen un 55,1% de las ventas) supera a España en la importancia relativa de dicho canal OTA, tal y como recoge el **Gráfico 3**.

Gráfico 3. Cuota del canal OTA dentro de las ventas de hoteles independientes de distintos países



Fuente: Estudio de Mercado de la CE (tabla 13).

(240) El Estudio de Mercado de la CE también recoge una estimación de la cuota de mercado de los distintos canales de distribución en línea para los hoteles independientes situados en España²²⁰, basada en la base de datos proporcionada por D-EDGE, y que se recoge en la **Tabla 9**.²²¹ De acuerdo con la base de datos de D-EDGE, que considera una población de varios centenares de hoteles en el periodo 2017-2020²²²:

- Las dos principales OTAs (los grupos BOOKING.COM y EXPEDIA) alcanzaron una cuota conjunta media superior al 70% de las reservas confirmadas a través de canales de venta *en línea* durante el periodo considerado.
- Suponiendo que los canales fuera de línea (directos e indirectos) entrañan un 29% de las reservas totales (de acuerdo con el **Gráfico 2**, como resultado de la suma de los canales directos físicos y agencias de viajes físicas y turoperadores), los Grupos BOOKING.COM y EXPEDIA representaron conjuntamente al menos el 50% de las reservas totales de hoteles independientes situados en España.

²²⁰ Página 36 del Estudio de Mercado de la CE.

²²¹ D-EDGE es un proveedor de software de gestión de canales de distribución para hoteles.

²²² Los hoteles considerados pasan de 290 en 2017 a 227 en 2020, ascendiendo a 198 el número de hoteles que permanecen constantes durante el periodo considerado.

Tabla 9. Cuotas de los canales de ventas en línea, 2017-2020 (hoteles independientes situados en España)

Año	Sitio web hotel	Grupo BOOKING	Grupo EXPEDIA	HRS	Mayoristas principales	Otros ²²³	N.º reservas confirmadas
2017	6,5%	59,5%	14,7%	0,6%	5,2%	13,5%	390.734
2018	5,8%	58,1%	15,1%	0,6%	5,6%	14,7%	462.095
2019	6,5%	55,8%	15,7%	0,5%	5,6%	15,7%	515.019
2020	8,9%	57,3%	9,6%	0,3%	6,5%	17,5%	157.510
TOTAL	6,6%	57,6%	14,5%	0,5%	5,6%	15,1%	1.554.870

Fuente: Estudio de Mercado de la CE (tabla 20).

- (241) Para el caso de las cadenas hoteleras, el Estudio de Mercado de la CE (en su gráfico 5) observa que la importancia de las OTAs fue en aumento durante el periodo 2017-2020, pasando de un 21% en 2017 a un 28% en 2020 dentro del conjunto de canales de distribución, tanto en línea como fuera de línea, si bien las cadenas hoteleras muestran una menor dependencia de las OTAs que los hoteles independientes (pues en los hoteles independientes las OTAs suponen el 35-55% de las ventas, como muestra el Gráfico 3).²²⁴
- (242) El estudio de *Oxford Economics* anteriormente citado contiene datos ilustrativos sobre el sector hotelero español:
- En el periodo 2019-2021, las reservas internacionales a través del canal OTA supusieron un porcentaje ligeramente superior a lo que ocurrió en el mercado en su conjunto (así, en el año 2021, las reservas internacionales supusieron la mitad de las reservas de OTAs, mientras que, en el mercado en su conjunto, el 45%).²²⁵
 - En el año 2021, el 72% del total de reservas a través de OTAs (en valor) fue en alojamientos independientes, frente a solo el 57% que supusieron las reservas de alojamientos independientes en el conjunto del mercado.²²⁶

²²³ En esta categoría se recogen OTAs y mayoristas más pequeños, así como ventas a través de otros intermediarios y motores de reserva (lo cual podría incluir otras ventas directas en línea).

²²⁴ El Estudio de Mercado de la CE no distingue para este análisis entre los seis Estados miembros objeto del Estudio (Austria, Bélgica, Chipre, España, Polonia y Suecia) al haber constatado que la cuota media de ventas por canal no varía significativamente entre ellos.

²²⁵ Página 100 del informe de *Oxford Economics*.

²²⁶ Página 101 del citado estudio.

4.4.2. Mercado de venta minorista en línea de reservas hoteleras en España

- (243) Debido a la multiplicidad de posibles minoristas, la labor de estimación del tamaño del mercado relativo a la venta minorista en línea de reservas hoteleras en España resulta más dificultosa.
- (244) La Tabla 7 ofrece una aproximación rudimentaria al tamaño de dicho mercado, si se considera que el mismo está constituido únicamente por el **canal OTA**. Como se ha señalado en el párrafo (232), los datos de la Tabla 7 tienen la ventaja de incluir las ventas de las OTAs cuyo inventario hotelero es provisto por otra OTA en virtud de un acuerdo de asociación comercial.²²⁷ Sin embargo, la Tabla 7 también adolece de las siguientes carencias para estimar este tamaño de mercado:
- incluye las reservas en hoteles españoles de clientes extranjeros, que tendrían que excluirse para este mercado, y
 - en cambio, no aparecen contempladas las reservas en hoteles extranjeros de clientes nacionales, que sí tendrían que considerarse.
- (245) Las **estadísticas de comercio electrónico de la CNMC** permiten arrojar luz sobre la distribución minorista de reservas hoteleras en España. Concretamente, la CNMC recopila dos tipos de datos del comercio electrónico útiles a efectos del presente expediente categorizados bajo las rúbricas:
- Agencias de viajes y operadores turísticos (códigos 7911 y 7912 según armonización según CNAE y CNPA).
 - Hoteles y alojamientos similares (código 5510 según armonización según CNAE y CNPA).
- (246) Sin embargo, no son susceptibles de empleo los datos relativos a ‘agencias de viajes y operadores turísticos’, al no distinguir entre los distintos tipos de servicios de viajes vendidos (billetes de avión, tren, hoteles, alquiler de coches...) que incluye. Por ello, solo pueden emplearse los datos de la rúbrica ‘hoteles y alojamientos similares’, que, debido a su origen, recogen las ventas del canal directo en línea de hoteles. Si se unen los datos ‘Dentro de España’ y ‘Desde España con el exterior’, se tiene una imagen aproximada de las ventas del canal directo en línea de hoteles a residentes españoles, tal y como se recoge en la **Tabla 10**.

²²⁷ En dicha tabla las ventas de estas OTAs están adscritas a la OTA que les ha provisto el inventario hotelero.

Tabla 10. Facturación (euros) por reservas en línea directas en hoteles nacionales y extranjeros realizadas en España

Gasto en comercio electrónico en hoteles y alojamientos similares			
	Dentro de España	Desde España con el exterior	TOTAL
2014	63.243.555	143.957.071	207.200.626
2015	82.280.468	229.865.809	312.146.278
2016	98.278.602	395.025.316	493.303.918
2017	127.117.566	691.330.262	818.447.828
2018	186.749.010	984.249.378	1.170.998.387
2019	247.549.476	1.552.782.335	1.800.331.811
2020	155.607.488	894.425.537	1.050.033.025
2021	317.705.796	1.066.515.613	1.384.221.409
2022 (ene-sep)	389.521.591	1.336.712.704	1.726.234.296

Fuente: CNMC

- (247) La unión de los datos de Tabla 7 y Tabla 10 permite hacerse una idea aproximada de las ventas minoristas de los dos principales canales de distribución en línea de reservas hoteleras en España, de acuerdo con lo recogido por el Estudio de Mercado de la CE (véase Gráfico 3 para los hoteles independientes²²⁸)
- (248) El proveedor de información de mercado **Statista** elabora estimaciones de los ingresos por reservas minoristas de hoteles, tanto nacionales como internacionales, por parte de clientes en España. A continuación, en la **Tabla 11**, se recogen estas estimaciones.

Tabla 11. Importe (miles millones de dólares) de las reservas (en línea y fuera de líneas) en hoteles nacionales y extranjeros realizadas en España, 2019-2022

Ingresos (miles millones \$)	2019	2020	2021	2022
Hoteles	6,17	1,65	2,23	6,71

Fuente: Statista (a enero de 2023)²²⁹

- (249) Aunque Statista no desglosa la importancia de los canales en línea según el tipo de servicio de viajes, se aprecia que durante el periodo 2019-2022 los canales en línea ganaron peso relativo frente a los fuera de línea, importancia que según Statista se va a prolongar en el futuro.²³⁰
- (250) De acuerdo con información proporcionada por BOOKING.COM²³¹, el proveedor de inteligencia de mercado **Euromonitor International** estima que el mercado

²²⁸ Véase también la figura 5 del citado Estudio de Mercado de la CE, para el caso de cadenas hoteleras.

²²⁹ Folios 4827 y 4828.

²³⁰ Folios 4827 a 4840.

²³¹ Folio 1692.

de distribución minorista en línea de alojamiento en España (tanto hotelero como no hotelero) alcanzó las siguientes cifras en los años 2019 y 2020, medido por el importe de las reservas:

- [CONFIDENCIAL].

5. HECHOS ACREDITADOS

(251) Basándose en la documentación recabada durante la instrucción del presente procedimiento, este Consejo considera acreditados los siguientes hechos:

5.1. Imposibilidad que tiene un hotel situado en España de negociar los contratos con BOOKING.COM, salvo contadas excepciones

- (252) Tal y como señala BOOKING.COM²³², el contrato que rige la prestación de servicios de intermediación de reservas en línea a un hotel por parte de BOOKING.COM, tiene como uno de sus componentes esenciales las llamadas **Condiciones Generales de Entrega** (en adelante, GDT, por sus siglas en inglés *-General Delivery Terms-*).²³³
- (253) Las GDT recogen, entre otros aspectos, las obligaciones de las partes, las normas de funcionamiento de la plataforma, el régimen de responsabilidad, así como la comisión a abonar por el hotel a BOOKING.COM con motivo de la prestación de los servicios de intermediación.
- (254) Las GDT quedan configuradas como un contrato de adhesión, ya que BOOKING.COM no negocia con los hoteles sus términos, salvo en el caso de un número reducido de alojamientos.²³⁴
- (255) De acuerdo con la cláusula 12.10 de las GDT²³⁵, BOOKING.COM puede modificar el contenido de las GDT previa comunicación con un plazo de preaviso de (al menos) 15 días. Según BOOKING.COM, en dicha comunicación previa explica al hotel qué implican los cambios clave realizados en las GDT y también el proceso de actualización de las GDT.
- (256) Entre el 1 de enero de 2019 y el cierre de la instrucción del presente procedimiento han estado vigentes 9 versiones de las GDT para los hoteles

²³² Folio 2471 (folio 3148 versión no confidencial).

²³³ Además, la relación contractual viene también regida por los estándares que establecen las normas y los valores éticos de BOOKING (folio 1956).

²³⁴ Folios 322 y 1517. En marzo de 2023, BOOKING.COM tenía negociados contratos particularizados con [CONFIDENCIAL] (folio 3823).

²³⁵ En la versión de las GDT vigente entre el 20 de diciembre de 2021 y fin de 2022 (folio 1981).

situados en España, siendo la última de ellas de julio de 2023, las cuales vienen reflejadas en la tabla 8.²³⁶

Tabla 12. Versiones de las GDT de aplicación a hoteles situados en España, 2019-julio de 2023

Versión	Denominación interna	Vigencia
CGE Booking.com BV_January 2019	v180417 EU21 ²³⁷	1-1-2019 a 6-5-2019
CGE Booking.com BV_12 March 2019	Narrow Parity_12 March 2019 ²³⁸	7-5-2019 a 14-7-2019
CGE Booking.com BV_20 June 2019	Narrow Parity_20 June 2019 ²³⁹	15-7-2019 a 31-10-2019
CGE Booking.com BV_November 2019	v1911_NP_i ²⁴⁰	1-11-2019 a 7-7-2020
CGE Booking.com BV_July 2020	v2007_E_i ²⁴¹	8-7-2020 a 14-12-2020
CGE Booking.com BV_December 2020	v2011_E_i ²⁴²	15-12-2020 a 23-5-2021
CGE Booking.com BV_May 2021	v2104_E_i ²⁴³	24-5-2021 a 19-12-2021
CGE Booking.com BV December 2021	v2112_E_i ²⁴⁴	20-12-2021 a mayo de 2023
CGE Booking.com BV May 2023	v2305_E_i ²⁴⁵	mayo de 2023 a la emisión de la PR

Fuente: Booking.com²⁴⁶

- (257) Debido al número de versiones de las GDT que estuvieron vigentes durante el periodo investigado, por practicidad, cuando se cite un artículo de las GDT en la presente resolución, esta hará referencia a la versión de las GDT de diciembre de 2021, si bien se tratará de un artículo que encontrará su equivalente en las restantes versiones de las GDT vigentes durante el periodo investigado, salvo que se indique lo contrario.

²³⁶ Folios 2471 y 4002.

²³⁷ Versión en inglés (folios 1693 a 1713) y versión en castellano (folios 1714 a 1735)

²³⁸ Versión en inglés (folios 1736 a 1759) y versión en castellano (folios 1760 a 1784).

²³⁹ Versión en inglés (folios 1785 a 1807) y versión en castellano (folios 1808 a 1832).

²⁴⁰ Versión en inglés (folios 2156 a 2183) y versión en castellano (folios 2184 a 2213).

²⁴¹ Versión en inglés (folios 1998 a 2034) y versión en castellano (folios 2035 a 2074).

²⁴² Versión en inglés (folios 1833 a 1871) y versión en castellano (folios 1871 a 1913).

²⁴³ Versión en inglés (folios 2075 a 2113) y versión en castellano (folios 2114 a 2155).

²⁴⁴ Versión en inglés (folios 1914 a 1954) y versión en castellano (folios 1955 a 1997).

²⁴⁵ Versión en castellano (folios 4924 a 4962).

²⁴⁶ Folios 2471 y 4002.

- (258) De acuerdo con la cláusula 7.1 de las GDT²⁴⁷, los hoteles pueden rescindir el contrato con BOOKING.COM en cualquier momento y por cualquier motivo, mediante notificación escrita a BOOKING.COM con un preaviso de 15 días.

5.2. La cláusula de “*paridad de precios y condiciones*” que BOOKING.COM establece en sus contratos con los hoteles situados en España

- (259) El apartado 2 de las GDT recoge las obligaciones que contrae un hotel ubicado en España con BOOKING.COM al suscribir las GDT. Más concretamente, la cláusula 2.2 recoge la llamada **obligación de paridad de tarifas y condiciones**,²⁴⁸ cuyo tenor se reproduce a continuación:

“2.2 Paridad

2.2.1 El Alojamiento ofrecerá a Booking.com **“Paridad de tarifas y condiciones”**, lo que se refiere a las mismas o mejores tarifas para el mismo Alojamiento, tipo de habitación, fechas, tipo de cama, número de clientes, las mismas o mejores comodidades y servicios adicionales (p. ej., desayuno gratis, WiFi, check-out antes o después de lo habitual) y las mismas o mejores restricciones y condiciones, como por ejemplo los cambios en las reservas y las condiciones de cancelación que ofrezca el Alojamiento.

2.2.2 La Paridad de tarifa y condiciones no se aplica a las tarifas y condiciones:

(i) ofrecidas a través de cualquier servicio online de reservas ajeno al control, directo o indirecto, del Alojamiento o de la cadena (integrada o no) a la que pertenece el Alojamiento;

(ii) ofrecidas en canales offline que no impliquen el uso de Internet (como reservas realizadas en persona en la recepción del Alojamiento, llamando por teléfono al Alojamiento o en una agencia de viajes física), siempre que los Precios de las habitaciones no se hayan Publicado online o Comercializado online; o

(iii) que estén Sin publicar, siempre y cuando estas tarifas de habitaciones no estén Comercializadas online.

2.2.3 Las Partes reconocen que el objetivo de las Cláusulas 2.2.1 y 2.2.2 es garantizar que las tarifas y condiciones que se publican en la Plataforma sean competitivas, de modo que los Clientes puedan beneficiarse de costes de búsqueda más bajos, así como evitar que un Alojamiento se aproveche de las inversiones cuantiosas que realice Booking.com.

²⁴⁷ Folio 1974.

²⁴⁸ Folios 1960 y 1961.

2.2.4 Booking.com puede otorgar un incentivo con respecto al Precio de la habitación a su propio cargo. En ese caso, Booking.com pagará parte del Precio de la habitación en nombre del Cliente.

2.2.5 El Alojamiento acuerda proporcionar, para cada día natural y sujeto a disponibilidad, alguna disponibilidad para todas las habitaciones y tipo de habitaciones, y se le incentiva a que proporcione a Booking.com un acceso equitativo a todas las habitaciones y tipo de habitaciones (incluidas diversas condiciones y restricciones aplicables) y tarifas disponibles durante el término del Acuerdo, durante períodos de alta y baja demanda, incluso durante ferias, congresos y eventos especiales.

2.2.6 Las Cláusulas 2.2.1 y 2.2.2 no se aplican a los Alojamientos que estén ubicados en Países con cláusula de paridad amplia, en cuyo caso se elimina por completo lo dispuesto en esas Cláusulas y se reemplaza por lo estipulado en el Anexo 5. Las Cláusulas 2.2.1 y 2.2.2 no se aplican a los Alojamientos ubicados en Países sin cláusula de paridad.”

- (260) Esta obligación viene reiterada (en relación con los precios) en el apartado 5 de las GDT dedicado a las ‘Declaraciones y garantías’. Concretamente, la cláusula 5.1 v) de las GDT²⁴⁹ establece que el hotel declara y garantiza que, durante la vigencia de las GDT:

«los precios de las habitaciones publicadas en la Plataforma son idénticos o mejores que el mejor precio disponible por una estancia equivalente a la Comercializada online, Publicada online o puesta a disposición online por el Alojamiento de cualquier otra forma en su propio sitio web, y un Cliente no puede obtener un precio mejor haciendo una reserva directamente con el Alojamiento o en su sitio web o aplicación».

- (261) Este tipo de cláusula de paridad se conoce como paridad estrecha/limitada/restringida,²⁵⁰ pues solo cubre los canales en línea de venta directa del hotel, a diferencia de la cláusula de paridad amplia, la cual alcanza todos canales en línea que emplee el hotel (y no solo el propio canal de venta en línea del hotel).

- (262) Esta cláusula de paridad de precios y condiciones de tipo estrecho se ha venido incluyendo en las GDT con hoteles ubicados en España desde 2015.²⁵¹

²⁴⁹ Folio 1970.

²⁵⁰ Folio 323.

²⁵¹ Véase el comunicado de prensa de BOOKING.COM, de 21 de abril de 2015, disponible en <https://news.booking.com/bookingcom-announces-support-of-new-commitments-in-europe/>

5.3. La posibilidad que tiene BOOKING.COM en su sitio web de rebajar unilateralmente el precio de venta final de un hotel situado en España a través del programa ‘*Booking Sponsored Benefits*’ (BSB)

- (263) Como se ha visto al exponer la cláusula de paridad de las GDT (cláusula 2.2)²⁵², BOOKING.COM se reserva la posibilidad de minorar, a su costa, el precio de venta final publicitado por el hotel en BOOKING.COM (cláusula 2.2.4):²⁵³

«2.2.4 Booking.com puede otorgar un incentivo con respecto al Precio de la habitación a su propio cargo. En ese caso, Booking.com pagará parte del Precio de la habitación en nombre del Cliente.».

- (264) BOOKING.COM ejerce esta posibilidad de rebajar el precio de venta final de la habitación establecido por el hotel bajo el programa denominado ‘Beneficios Patrocinados por Reservas’ (BSB, por las iniciales de su denominación en inglés -*Booking Sponsored Benefits*-). La forma que emplea BOOKING.COM para reducir el precio de venta final del hotel bajo el programa BSB consiste en renunciar a parte de su comisión estipulada, de modo que el hotel obtiene el mismo precio neto de comisión que en el caso de que no se hubiese modificado el precio de venta final.²⁵⁴

- (265) De acuerdo con BOOKING.COM, la decisión de aplicar el programa BSB solo depende de ella misma.²⁵⁵ Ahora bien, BOOKING.COM ha manifestado que selecciona los hoteles a los que va a aplicar el BSB de dos formas:

- La primera forma de aplicación del BSB se puso en marcha en España en abril de 2019²⁵⁶ y consiste en que, sin mediar consentimiento previo del hotel para participar en el programa²⁵⁷, BOOKING.COM elige a hoteles que reúnan dos requisitos: **[CONFIDENCIAL]**.

De modo resumido, el indicador ‘Precios Externos’ mide, de cara a su aplicación al programa BSB, si los precios del hotel son más baratos en otros canales en línea (directos e indirectos) que en el sitio web de BOOKING.COM: **[CONFIDENCIAL]**²⁵⁸

²⁵² Folios 1960 y 1961.

²⁵³ Folio 1961.

²⁵⁴ Folios 2804 y 2805 (folios 2962 y 2963 versión no confidencial) y 4646.

²⁵⁵ Folios 2804 (folio 2962 versión no confidencial) y 4646.

²⁵⁶ Folio 2804 (folio 2962 versión no confidencial).

²⁵⁷ Folios 333, así como 2804 y 2805 (folios 2962 y 2963 versión no confidencial).

²⁵⁸ Folio 3805.

Con anterioridad a junio de 2021, BOOKING.COM empleaba, en lugar del indicador ‘Precios Externos’, el llamado ‘Price Quality Score’ (PQS), que tenía también el mismo espíritu de capturar la divergencia de precios del hotel en BOOKING.COM vs. otros canales en línea (directos e indirectos).²⁵⁹ Para que BOOKING.COM considerase aplicar el programa BSB a la oferta de un hotel, su PQS debía tener una puntuación igual o inferior a **[CONFIDENCIAL]**.²⁶⁰

- La segunda forma de aplicación del BSB se puso en marcha en España en enero de 2021 y procede cuando el hotel haya suscrito dicho programa BSB, lo cual es posible siempre que el hotel cumpla con los dos siguientes requisitos: **[CONFIDENCIAL]**

Como se ha indicado anteriormente, con anterioridad a junio de 2021, BOOKING.COM empleaba, en lugar del indicador ‘Precios Externos’, el llamado ‘Price Quality Score’. Para que un hotel se pudiera adherir voluntariamente al programa BSB, **[CONFIDENCIAL WEB]**.²⁶¹

De acuerdo con BOOKING.COM, desde esta fecha hasta octubre de 2022, **[CONFIDENCIAL]** proveedores de alojamiento ubicados en España se adherieron al Programa BSB, lo cual supone un **[CONFIDENCIAL]**% del total de **[CONFIDENCIAL]** inmuebles que obtuvieron la calificación de precios ‘competitivos’ por parte de BOOKING.COM durante dicho periodo.²⁶²

- (266) Dada la importancia del indicador ‘Precios Externos’ y de su predecesor, el PQS, para la aplicación de una modalidad u otra del BSB, se ofrece, a continuación, una descripción de su cálculo en base a información proporcionada por BOOKING.COM.
- (267) Para el cálculo del indicador ‘Precios externos’ (vigente a partir de junio de 2021), **[CONFIDENCIAL]**.²⁶³
- (268) BOOKING.COM ha indicado que el hotel puede acceder a su calificación en el indicador ‘Precios Externos’ dentro del sitio web de BOOKING.COM, en la herramienta de extranet que pone a disposición del hotel para que este gestione

²⁵⁹ Folio 2806 (folio 2964 versión no confidencial).

²⁶⁰ Folio 3806.

²⁶¹ Folio 2810 (folio 2968 versión no confidencial).

²⁶² Folio 2813.

²⁶³ Folio 2797.

cómo aparece listado en el sitio web de BOOKING.COM.²⁶⁴ Asimismo, en dicha extranet, de acuerdo con BOOKING.COM²⁶⁵, el hotel puede consultar:

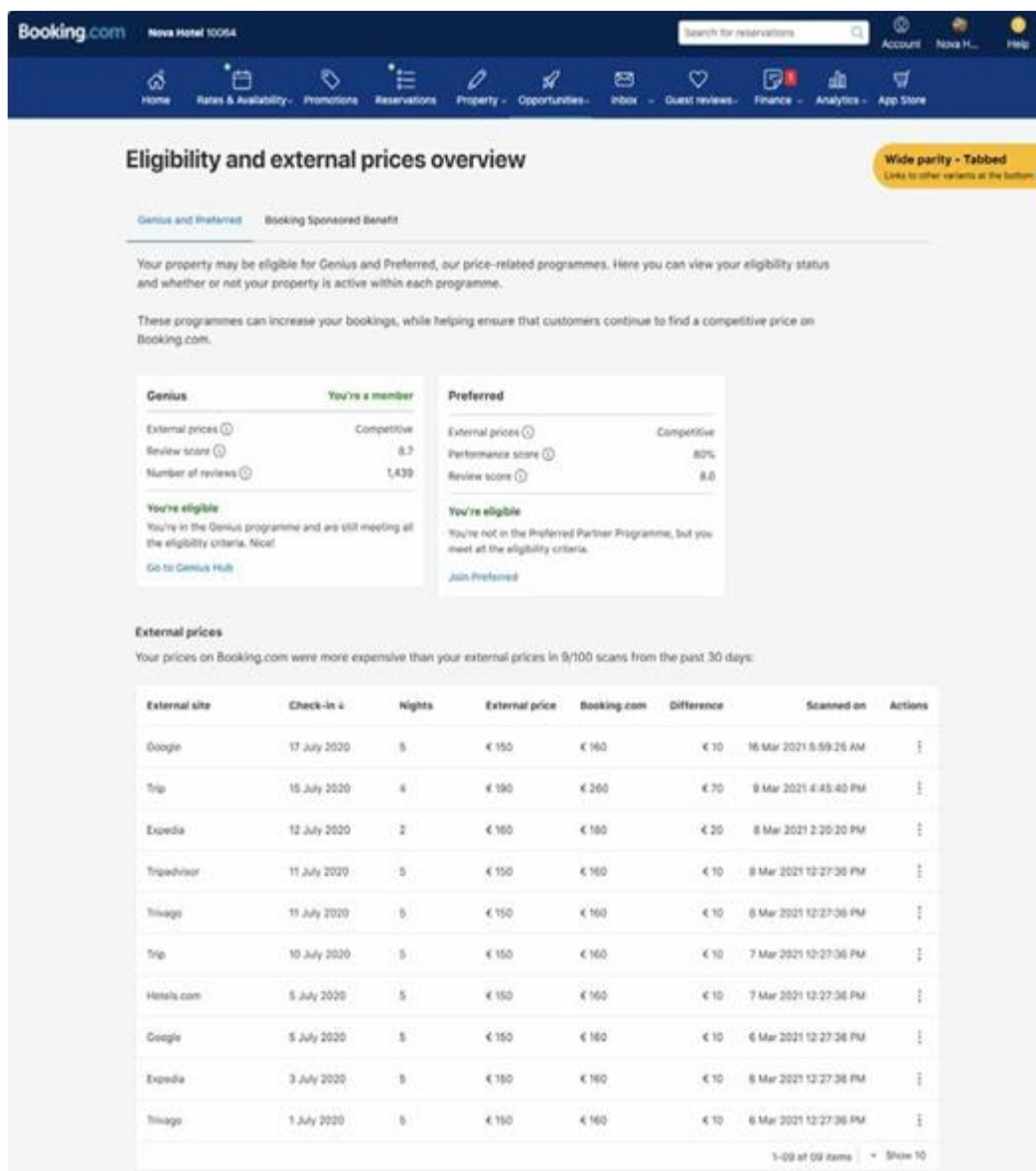
- el llamado “Panel de Rendimiento de Precios” que proporciona una descripción general de los precios del alojamiento que se publican en otros canales en línea/sitios de metabúsqueda, y
- cómo se calcula el indicador ‘Precios Externos’, con indicación de cuántas exploraciones se compararon en el último mes.

(269) El **Gráfico 4** muestra una captura de pantalla del Panel de Rendimiento de Precios al que puede acceder un hotel en la Extranet de BOOKING.COM, con información del indicador ‘Precios Externos’.

²⁶⁴ La extranet aparece definida en la cláusula 1.1 del apartado de las GDT titulado ‘Definiciones’ (folio 1957) como *“los sistemas online de Booking.com a los que puede acceder el Alojamiento (tras introducir su nombre de usuario y contraseña) para realizar cargas, modificaciones, verificaciones, actualizaciones y/o cambios en la Información del alojamiento y en las reservas.”*

²⁶⁵ Folio 2797 (folio 2955 versión no confidencial).

Gráfico 4. Captura del Panel de Rendimiento de Precios de un hotel en la Extranet de BOOKING.COM, con información del indicador ‘Precios Externos’



Fuente: BOOKING.COM²⁶⁶

- (270) Por lo que se refiere al cálculo del PQS (vigente entre enero de 2019 y mayo de 2021 durante el periodo investigado), [CONFIDENCIAL]²⁶⁷

²⁶⁶ Folio 2798 (folio 2956 versión no confidencial).

²⁶⁷ Folio 2801.

- (271) De acuerdo con BOOKING.COM²⁶⁸, el hotel podía consultar su PQS en su herramienta de extranet dentro del sitio web de BOOKING.COM. Concretamente, dentro de la extranet, existía el citado Panel de Rendimiento de Precios que proporcionaba una descripción general de los precios del alojamiento publicados en otros canales en línea y sitios web de metabúsqueda.
- (272) El **Gráfico 5** muestra una captura de pantalla del Panel de Rendimiento de Precios al que podía acceder un hotel, que incluía recomendaciones para el proveedor de alojamiento para aumentar su puntuación de PQS.

Gráfico 5. Captura del Panel de Rendimiento de Precios de un hotel en la Extranet de BOOKING.COM, con información del indicador PQS

[CONFIDENCIAL]

Fuente: BOOKING.COM²⁶⁹

- (273) Como se ha mencionado, la decisión de aplicar en un caso concreto el BSB depende del criterio de BOOKING.COM. BOOKING.COM señala que toma esta decisión:
- (274) [CONFIDENCIAL].²⁷⁰
- (275) De acuerdo con información facilitada por BOOKING.COM,²⁷¹ desde el lanzamiento de este programa para los hoteles situados en España (abril de 2019) hasta el final de 2022, el programa BSB, en su modalidad sin suscripción voluntaria, ha supuesto, en términos de reservas e ingresos, las cifras que se recogen en la siguiente **Tabla 13**.²⁷²

Tabla 13. Importe de las reservas y comisiones asociadas al programa BSB, en su modalidad de no suscripción voluntaria, para hoteles situados en España, abril 2019-2022

[CONFIDENCIAL]

Fuente: BOOKING.COM²⁷³

²⁶⁸ Folio 2799 (folio 2957 versión no confidencial).

²⁶⁹ Folios 325 y 326 (versiones no confidenciales en folios 2915 a 2916).

²⁷⁰ Folio 2528.

²⁷¹ Folio 4504.

²⁷² Para los totales del número de reservas intermediadas, del valor de las reservas intermediadas y del importe de las comisiones obtenidas se han empleado los datos de la Tabla 6, Tabla 7 y Tabla 8.

²⁷³ Folio 4504 y 5776 a 5779.

5.4. Versión vinculante de las GDT

- (276) De acuerdo con la cláusula 12.6 de las GDT²⁷⁴, la versión oficial de las GDT es aquella en lengua inglesa, que prevalece sobre las traducciones de cortesía de las mismas que proporciona BOOKING.COM:

“La versión original en inglés de estas Condiciones ha sido traducida a otros idiomas para la conveniencia del Alojamiento. Las Partes no pueden derivar ningún derecho de la versión traducida y, si hay alguna reclamación con respecto al contenido o la interpretación de las Condiciones o cualquier conflicto, ambigüedad, incongruencia o discrepancia entre la versión inglesa y la versión en cualquier otro idioma de estas Condiciones, la versión inglesa prevalecerá y será vinculante y concluyente. Se usará la versión inglesa en procedimientos legales, como por ejemplo, para el mecanismo interno de quejas y en la mediación. La versión en inglés está disponible en el siguiente sitio web y se enviará al Alojamiento previa solicitud por escrito:

<https://admin.booking.com/hotelreg/terms-and-conditions.html?cc1=nl&lang=en>”

5.5. Ordenamiento jurídico aplicable a las GDT y los tribunales competentes en caso de conflicto entre las partes acerca de las GDT

- (277) Con arreglo a la cláusula 10.1 de las GDT:²⁷⁵

“10.1 Legislación y fuero aplicables

10.1.1 A menos que se acuerde lo contrario en el presente Acuerdo, la ejecución e interpretación de este Acuerdo se regirá exclusivamente por la legislación holandesa. Cualquier litigio derivado o relativo a este Acuerdo se remitirá exclusivamente a los tribunales competentes en Ámsterdam, Países Bajos.”

- (278) En el marco del expediente, BOOKING.COM ha reiterado que las GDT se rigen exclusivamente por la legislación neerlandesa.²⁷⁶

5.6. Clasificación de resultados de una búsqueda de hotel situado en España en BOOKING.COM

- (279) Como observa BOOKING.COM, la interacción principal de un consumidor final con el sitio web de BOOKING.COM reside en la búsqueda de una estancia en un alojamiento para unas fechas determinadas.²⁷⁷

²⁷⁴ Folio 1980.

²⁷⁵ Folio 1977.

²⁷⁶ Folio 341 (folio 2931 versión no confidencial).

²⁷⁷ Folio 2821.

(280) La clasificación inicial de resultados (o por defecto) a una consulta ofrecida por BOOKING.COM recibe el nombre de '**clasificación predeterminada**'. BOOKING.COM etiqueta esta clasificación:

*"como "Nuestra elección", "Nuestras mejores opciones" o "Nuestras recomendaciones" en la barra de clasificación en la parte superior de los resultados de búsqueda del sitio web."*²⁷⁸

(281) Esta clasificación predeterminada no solo aparece en BOOKING.COM²⁷⁹, sino también en [CONFIDENCIAL].²⁸⁰

(282) Si bien la primera clasificación de los resultados que ofrece BOOKING.COM a un usuario final es la predeterminada, éste tiene posteriormente la posibilidad de modificar la clasificación predeterminada de dos formas:²⁸¹

- aplicando **filtros** a los resultados de la clasificación, para ajustarlos, por ejemplo, por requisitos presupuestarios, tipo de alojamiento o precio de la habitación²⁸²; y
- empleando **métodos alternativos de clasificación**, que permiten ordenar los resultados ofrecidos por la clasificación predeterminada con arreglo a otros criterios tales como:²⁸³
 - casas y apartamentos primero,
 - precio (el más bajo primero),
 - puntuación y precio,
 - *Genius*,
 - estrellas (el más alto primero),
 - estrellas (el más bajo primero),
 - clasificación por estrellas y precio,
 - distancia desde el centro de la ciudad,
 - mejor puntuado,
 - calificación por estrellas y puntuación.

²⁷⁸ Folio 334 (folio 2924 versión no confidencial).

²⁷⁹ En los folios 4452 y 4453 se recoge un ejemplo de cómo se muestra la clasificación predeterminada ante una consulta de un consumidor final.

²⁸⁰ Folio 3989.

²⁸¹ Folio 334.

²⁸² Véanse, a título de ejemplo, los folios 4452 y 4453.

²⁸³ Véanse, a título de ejemplo, los folios 4452 y 4453.

- (283) Con el fin de conocer la importancia de la clasificación predeterminada de resultados en BOOKING.COM como origen de reservas para un hotel situado en España (frente a los métodos de clasificación alternativos elegidos por el usuario final), **se requirió a BOOKING.COM** para que aportase el porcentaje de reservas de hoteles ubicados en España (medidas por su importe) que se realizaron en 2021 desde la clasificación predeterminada en comparación con el porcentaje de reservas realizadas empleando métodos de clasificación alternativos.²⁸⁴ BOOKING.COM manifestó que no disponía de los datos “*en el formato exacto solicitado por la CNMC*”.²⁸⁵ No obstante, con el fin de responder a lo solicitado, BOOKING.COM realizó **[CONFIDENCIAL]**.²⁸⁶
- (284) El resultado de este **primer ejercicio** por parte de BOOKING.COM arroja que, a nivel global, en el periodo entre el 1 de junio de 2021 y el 1 de junio de 2022, el **[CONFIDENCIAL]**% de las reservas en BOOKING.COM se realizó desde la clasificación predeterminada, sin ningún tipo de intervención del cliente en los resultados. En cambio, el **[CONFIDENCIAL]**% de las reservas en BOOKING.COM correspondió al empleo de filtros en la clasificación predeterminada.²⁸⁷
- (285) Sin embargo, de la lectura del ejercicio anterior de BOOKING.COM, se desprendía que BOOKING.COM no había tenido en cuenta las posibles reservas realizadas empleando métodos alternativos de clasificación (solo se había tenido en cuenta la clasificación predeterminada y el uso de filtros en ella).²⁸⁸
- (286) Debido a lo anterior, **se requirió nuevamente a BOOKING.COM**²⁸⁹ para que aportase una estimación del porcentaje de reservas en hoteles situados en España que:
- se realizó tras hacer clic en un hotel de la clasificación predeterminada, sin haber aplicado filtros o criterios de ordenación alternativos a dicha clasificación predeterminada;
 - se realizó tras hacer clic en la clasificación predeterminada, tras haber aplicado a la misma filtros;
 - correspondió a búsquedas a las que se aplicó un criterio de ordenación alternativo sobre los resultados de la clasificación predeterminada. Estos criterios de ordenación alternativos son, a título de ejemplo, precios (más bajo

²⁸⁴ Folios 1350 y 1351 (pregunta 34).

²⁸⁵ Folio 2532 (folio 3163 versión no confidencial).

²⁸⁶ Folio 2532.

²⁸⁷ Folio 2534.

²⁸⁸ Folios 2533 y 2534.

²⁸⁹ Folios 3925 a 3933.

primero)', 'mejor puntuación y precio más bajo', 'valoración (más estrellas primero)', etc.

- (287) BOOKING.COM ofreció dicha estimación analizando el comportamiento de los clientes en España que realizaron una reserva en su sitio web durante el periodo comprendido entre el 1 de junio de 2021 y el 1 de junio de 2022 (un año) basándose en una muestra de datos.²⁹⁰ La **Tabla 14** recoge los resultados de dicha estimación.

Tabla 14. Estimación del % de reservas hechas por clientes en España en función de la clasificación de resultados empleada (1-6-2021 a 1-6-2022)

[CONFIDENCIAL]

Fuente: BOOKING.COM²⁹¹

- (288) A tenor de los datos proporcionados por BOOKING.COM en este **segundo ejercicio**, un [CONFIDENCIAL]% de las reservas realizadas por clientes en España en el sitio web de BOOKING.COM durante el periodo considerado, se realizó desde la clasificación predeterminada, sin aplicar ningún filtro ni criterio de ordenación alternativo.
- (289) Asimismo, cabe observar que la aplicación de filtros a la clasificación predeterminada no altera la ordenación de resultados ofrecida por la clasificación predeterminada, sino que simplemente se limita a eliminar aquellos resultados de la clasificación predeterminada que no cumplen el filtro escogido (por ejemplo, exceder un determinado presupuesto). De acuerdo con la Tabla 14, un [CONFIDENCIAL]% de las reservas por clientes en España se realizó en la clasificación predeterminada tras la aplicación de filtros.
- (290) A tenor de lo anterior, cabe afirmar que un [CONFIDENCIAL]% de los clientes en España que realizó sus reservas en el sitio web de BOOKING.COM durante el periodo considerado, la realizaron desde la ordenación de resultados ofrecida de modo predeterminado por BOOKING.COM.
- (291) Esta cifra, además, hay que ponerla en relación con lo declarado por EXPEDIA en el marco del expediente, quien ha afirmado que el [CONFIDENCIAL] del total de las reservas en los sitios web del Grupo Expedia para una estancia en hoteles españoles en 2021 fue realizada por viajeros que utilizaron la opción de clasificación predeterminada.²⁹²

²⁹⁰ Folio 4135.

²⁹¹ Folio 4135.

²⁹² Folios 2271 (folio 2505 versión no confidencial).

5.7. Criterios empleados en la clasificación predeterminada de hoteles situados en España que ofrece BOOKING.COM tras la realización de una búsqueda por parte del consumidor final

(292) Como recoge la cláusula 4.1.1 de las GDT:²⁹³

“El objetivo de Booking.com es mostrar resultados de búsqueda relevantes para cada Cliente específico; para ello, facilita en la Plataforma un ranking predeterminado y personalizado de Alojamientos”

(293) Para exponer los criterios empleados por BOOKING.COM para elaborar la clasificación predeterminada en relación con la búsqueda de hoteles situados en España, se emplearán dos tipos de fuentes:

- La información pública explicativa sobre dichos criterios a la que pueden acceder los hoteles situados en España que emplean los servicios de BOOKING.COM, que, de acuerdo con esta²⁹⁴, se encuentra en:
 - La cláusula 4.1 y el Anexo 4 de las GDT.²⁹⁵
 - La sección 1E del artículo titulado ‘Cómo trabajamos en Booking.com’ publicado en el sitio web de BOOKING.COM.²⁹⁶
 - Los artículos disponibles en el sitio web *Partner Hub* de BOOKING.COM:
 - Resultados de búsqueda, ranking y visibilidad | *Booking.com for Partners*.²⁹⁷
 - Conceptos básicos para mejorar tu posición en el ranking | *Booking.com for Partners*.²⁹⁸
 - *How Booking.com rankings enable discovery* | *Click. Magazine*.²⁹⁹

Con carácter adicional, existe un artículo académico cuyos autores son empleados de BOOKING.COM, que aborda su clasificación de resultados

²⁹³ Folio 1968.

²⁹⁴ Folios 4002 y 4003.

²⁹⁵ Folios 1968, 1969, 1995 y 1996.

²⁹⁶ Folios 4714 a 4730.

²⁹⁷ Folios 4731 a 4738.

²⁹⁸ Folios 4747 a 4756.

²⁹⁹ Folios 4757 a 4766.

predeterminada, titulado '*Beyond algorithms: Ranking at scale at Booking.com*'.³⁰⁰

- La información confidencial interna que BOOKING.COM ha proporcionado a la CNMC a requerimiento de ésta, que consiste básicamente en dos documentos:
 - o Un documento en inglés, de fecha 29 de septiembre de 2020, aportado a la autoridad de competencia alemana en el marco de su investigación sectorial relativa a herramientas de comparación.³⁰¹
 - o Un documento en inglés que actualiza el anterior con la situación a mayo de 2023.³⁰²

(294) De acuerdo con la **información pública** de BOOKING.COM (en esencia, el Anexo 4 de las GDT³⁰³), cabe extraer las siguientes conclusiones sobre cómo BOOKING.COM elabora su clasificación predeterminada:

- emplea varios algoritmos que tienen en cuenta varios factores/parámetros,
- la clasificación se personaliza basándose en el historial de búsqueda del cliente en BOOKING.COM (si lo tiene),
- los parámetros principales a los que BOOKING.COM da prioridad en sus algoritmos son:
 - o la tasa de clics desde la página de búsqueda a la página del hotel (tasa también conocida como *click-through rate*, por su denominación en inglés);
 - o la tasa de conversión del hotel en BOOKING.COM, esto es, el número de reservas relacionado en relación con el número de visitas a la página del hotel en BOOKING.COM;
 - o las reservas brutas (incluidas las cancelaciones) y netas (sin incluir las cancelaciones) del hotel.
- A su vez, la tasa de conversión y la tasa de clics pueden verse afectadas por varios factores (independientes), entre ellos:
 - o la puntuación de los comentarios (tanto los componentes como las puntuaciones agregadas),

³⁰⁰ Folios 4916 a 4922, también disponible en https://ceur-ws.org/Vol-2697/paper3_complexrec.pdf

³⁰¹ Folios 2821 a 2834.

³⁰² Folios 4138 a 4155.

³⁰³ Folios 1995 y 1996.

- la disponibilidad,
- las condiciones,
- los precios (competitivos),
- la calidad del contenido y
- determinadas características del hotel.
- También pueden influir en la clasificación predeterminada:
 - el porcentaje de comisión que paga el hotel u otros beneficios para BOOKING.COM (p. ej., a través de los acuerdos comerciales con el hotel o colaboradores estratégicos);
 - el historial del hotel en cuanto a la puntualidad en los pagos.
- El hotel puede influir en la clasificación predeterminada participando en
 - los programas Preferente y Preferente Plus,
 - la herramienta Visibilidad Extra,
 - el programa *Genius*, y
 - subiendo ofertas en BOOKING.COM.

(295) Cabe señalar que el hotel puede consultar algunos de estos factores que influyen en su posición dentro de la clasificación predeterminada, en la Extranet de BOOKING.COM. Para ello, el hotel tiene que hacer clic en *Analytics* y seleccionar 'Página del Ranking de la web'. En la 'Página del Ranking de la web', el hotel puede consultar, para los últimos 30, 90 y 365 días (y comparar dicho periodo con el mismo del año anterior)³⁰⁴ las siguientes estadísticas:

- el número de veces que el hotel ha aparecido en los resultados de búsqueda,
- el número de veces que la gente ha visto la página del alojamiento en cuestión,
- combinando los dos anteriores, la tasa de clics: el porcentaje de clics en tu alojamiento en relación con el número de vistas en los resultados de búsqueda;
- el número total de reservas recibidas, incluidas las cancelaciones;
- combinando el número de veces que la página del hotel se ha visitado y el de reservas, la tasa de conversión.

³⁰⁴ Folios 4734 y 4735.

- (296) En el **Gráfico 6** se muestra una captura del Panel de ranking (*Ranking Dashboard*) para un hotel situado en España.

Gráfico 6. Muestra del Panel de ranking para un hotel situado en España

[CONFIDENCIAL]

*Fuente: BOOKING.COM*³⁰⁵

- (297) Al margen de la información pública que un hotel situado en España puede consultar en el sitio web de BOOKING.COM acerca de los criterios que determinan la posición de un hotel en la clasificación predeterminada, BOOKING.COM ha proporcionado **información confidencial** interna más detallada sobre cómo operan los criterios que determinan la clasificación predeterminada. A continuación, se ofrece un resumen de las principales conclusiones sobre cómo BOOKING.COM elabora su clasificación predeterminada, basándose principalmente en el documento en inglés, de fecha 29 de septiembre de 2020, aportado a la autoridad de competencia alemana en el marco de su investigación sectorial relativa a herramientas de comparación³⁰⁶ Este documento se considera relevante a efectos del periodo investigado en virtud de su fecha y de que BOOKING.COM no ha presentado una actualización del mismo en el marco del expediente hasta marzo de 2023.

[CONFIDENCIAL]

- (298) No obstante, BOOKING.COM ha identificado los principios detrás de la clasificación [CONFIDENCIAL]

5.8. Importancia de la posición en una clasificación de resultados a la hora de generar visitas a un resultado

- (299) La experiencia de uso en internet muestra que los usuarios suelen quedarse de forma casi mayoritaria en la primera página de una clasificación de resultados tras una búsqueda y, dentro de ella, suelen hacer clic de forma mayoritaria en los primeros resultados.
- (300) Los propios ingenieros informáticos de BOOKING.COM reconocen este hecho en un artículo académico, donde lo denominan como “*sesgo de la posición*”, definiéndolo en los siguientes términos:

³⁰⁵ Folios 3998 y 3999.

³⁰⁶ Folios 2821 a 2834.

“los clientes tienden a hacer clic y reservar alojamientos que están situados en posiciones más altas en los resultados de búsqueda, dado que existe un sesgo inherente a que los artículos más cerca de la parte superior son “mejores”. (subrayado propio)³⁰⁷

- (301) En el marco del expediente, se requirió a BOOKING.COM para que aportase su mejor estimación del porcentaje de clics (*click-through rate*) que obtienen conjuntamente los 5 primeros resultados de su clasificación predeterminada cuando un usuario final busca un hotel situado en España en su sitio web y dicho usuario no aplica ningún filtro ni criterio de ordenación.³⁰⁸ De acuerdo con BOOKING.COM, para una búsqueda realizada en junio de 2023 para las propiedades en España, sin filtros u órdenes aplicadas, los primeros cinco resultados de la clasificación predeterminada aglutinan el [**CONFIDENCIAL**]% de los clics.³⁰⁹
- (302) Un elemento adicional que muestra la relación entre la posición del hotel en la clasificación de resultados y el número de visitas que recibe, es la existencia de los programas opcionales de BOOKING.COM (Preferente, Preferente Plus y ‘Visibilidad Extra’) que, a cambio de una mayor comisión en favor de BOOKING.COM, ofrecen al hotel una mayor visibilidad, esto es, una mejor posición en la clasificación de resultados predeterminada de BOOKING.COM.³¹⁰
- (303) Lo mismo sucede con el programa *Genius* de BOOKING.COM, cuya principal ventaja para un hotel es dicha mejora de visibilidad del hotel en la clasificación predeterminada (véase sección 5.7).
- (304) De hecho, BOOKING.COM publicita los programas *Genius*, Preferente y Preferente Plus como vías que redundan en un mayor tráfico a la página de un hotel.³¹¹
- (305) En relación con lo anterior, BOOKING.COM señala en la información pública de dichos programas que los participantes obtendrán el siguiente porcentaje adicional de visitas a su página web dentro de BOOKING.COM:
- hasta un 65% más en el caso del Programa Preferente,³¹²

³⁰⁷ Folio 4918.

³⁰⁸ Folio 4302 (punto 14).

³⁰⁹ Folio 4512.

³¹⁰ En la sección 5.6 se ha tenido la oportunidad de destacar la relevancia de la clasificación de resultados predeterminada de BOOKING.COM (frente a criterios de clasificación alternativos elegidos por el usuario final) como fuente de las reservas que tienen lugar en el sitio web de BOOKING.COM. En la sección 5.7 se ha abordado la incidencia de estos programas en la clasificación de resultados predeterminada.

³¹¹ Folio 4770.

³¹² Folio 4653.

- hasta un 60% más de visibilidad, en el caso del Programa Preferente Plus,³¹³
 - en el caso de la herramienta 'Visibilidad Extra', BOOKING.COM ofrece una estimación del aumento de visitas a la página web del hotel en el sitio web de BOOKING.COM que obtendría en función del nivel de comisión adicional que elija,³¹⁴ y
 - un 70% en el caso del Programa *Genius*.³¹⁵
- (306) A mayor abundamiento, la *Regional Manager* para España y Portugal de BOOKING.COM ha subrayado de forma pública la relación entre la posición del hotel en la clasificación predeterminada de resultados y el número de visitas que recibe el hotel en BOOKING.COM, al señalar que los hoteles que participen en el Programa Preferente Plus de BOOKING.COM “*van a tener una posición más elevada en nuestra plataforma, lo cual significa que van a ser capaces de captar un mayor volumen de tráfico y clientes.*”³¹⁶
- (307) Lo anterior concuerda con las conclusiones de la CE en su decisión *Google Search (Shopping)*³¹⁷ al constatar que los consumidores muestran un fuerte sesgo hacia los resultados de una búsqueda que se encuentran más arriba en la clasificación y que cuentan con gráficos:
- los 10 resultados mejor posicionados en el buscador de Internet de Google obtienen aproximadamente el 95% de todo el tráfico de clics, y
 - el empleo de imágenes incrementa la tasa de clics por un factor que oscila entre el 2-4x.
- (308) El Estudio de Mercado de la CE destaca también la importancia de estar bien posicionado en una clasificación de resultados, al señalar que “*los usuarios en línea rara vez se desplazan hacia abajo dentro de las páginas de resultados a una búsqueda*”.³¹⁸

³¹³ Folio 4671.

³¹⁴ Folio 4688.

³¹⁵ Folio 4706.

³¹⁶ Folio 4647.

³¹⁷ Decisión de la CE, de 27 de junio de 2017, en el asunto AT.39.740 *Google Search (Shopping)*, DO C 9 de 12.1.2018, p. 11/14, párrafos 372-377 y 454-47.

³¹⁸ Página 64 del Estudio de Mercado de la CE.

5.9. Relación entre la posición del hotel en la clasificación predeterminada de resultados de hoteles en BOOKING.COM y las reservas hoteleras en BOOKING.COM

- (309) En el hecho acreditado 5.8 se ha mostrado cómo una posición más alta del hotel en la clasificación de resultados redunda en un mayor número de visitas a un resultado. Este mayor número de visitas, a su vez, conduce a un mayor número de reservas que en el caso de un hotel con peor posición en la clasificación de resultados de BOOKING.COM, de acuerdo con la evidencia que se muestra a continuación.
- (310) En primer lugar, el estudio de mercado de la CE afirma que:
- “Contar con una posición en la clasificación de resultados aumenta la visibilidad de un hotel, lo cual tiene un impacto en su tasa de conversión (ratio entre visitas y reservas).”* (traducción propia)³¹⁹
- (311) Asimismo, BOOKING.COM, al exponer sus productos y herramientas para incrementar la visibilidad de un alojamiento en su sitio web, subraya³²⁰ que:
- “La clave para conseguir más reservas es que más clientes potenciales te vean”.*
- (312) Para el caso de las reservas, también resulta de aplicación el anteriormente mencionado ‘sesgo de posición’ (sección 5.8), que, como exponen ingenieros informáticos de BOOKING.COM en un artículo académico, consiste en que:
- “los clientes tienden a hacer clic y reservar alojamientos que están situados en posiciones más altas en los resultados de búsqueda, dado que existe un sesgo inherente a que artículos más cerca de la parte superior “mejores”. (subrayado propio)³²¹*
- (313) Un elemento adicional que muestra la relación entre la posición del hotel en la clasificación de resultados predeterminada y el número de reservas que recibe, es la existencia de los programas opcionales de BOOKING.COM (Preferente, Preferente Plus y ‘Visibilidad Extra’) que, a cambio de una mayor comisión en favor de BOOKING.COM, ofrecen al hotel una mayor visibilidad, esto es, una mejor posición en la clasificación de resultados predeterminada de BOOKING.COM (véase sección 5.7).
- (314) Con carácter adicional, BOOKING.COM incide en su documentación pública en que la mayor visibilidad del hotel en la clasificación de resultados predeterminada

³¹⁹ Página 26 del citado Estudio.

³²⁰ Folio 4769.

³²¹ Folio 4918.

que conlleva la participación en determinados programas opcionales redundando en un mayor número de reservas para el mismo:

- de media en un 20% más, en el caso del Programa Preferente,³²²
- un 30% más, en el caso del Programa Preferente Plus,³²³
- en el caso de la herramienta 'Visibilidad Extra', BOOKING.COM ofrece una estimación del aumento de reservas que obtendría en función del nivel de comisión adicional que elija,³²⁴ y
- de media, un 45% más, en el caso del Programa *Genius*.³²⁵

(315) A mayor abundamiento, la *Regional Manager* para España y Portugal de BOOKING.COM ha subrayado de forma pública la relación entre la posición del hotel en la clasificación predeterminada de resultados y el número de reservas que atrae en BOOKING.COM, al señalar que los hoteles que participen en el Programa Preferente Plus de BOOKING.COM *“van a tener una posición más elevada en nuestra plataforma, lo cual significa que van a ser capaces de captar un mayor volumen de tráfico y clientes.”*³²⁶

(316) Por último, cabe señalar que, en el marco del expediente, la AEHM ha aportado un correo electrónico, de 5 de febrero de 2020,³²⁷ y una presentación adjunta³²⁸ en la que una gestora de cuentas de BOOKING.COM (encargada de la relación comercial con un hotel) comunica a una cadena hotelera situada en España que la caída de reservas de un hotel de la cadena con respecto al año anterior se debe, entre otros motivos, a la salida del hotel del Programa Preferente de BOOKING.COM (programa que aparece descrito en el hecho acreditado 5.10) y la consiguiente pérdida de visibilidad en la clasificación predeterminada asociada a dicha salida.

5.10. Programa Preferente de BOOKING.COM

(317) Un hotel situado en España tiene la posibilidad de participar voluntariamente en el llamado programa Preferente (conocido en inglés como *Preferred Partner*) ofrecido por BOOKING.COM.

³²² Folio 4653.

³²³ Folio 4671.

³²⁴ Folio 4688.

³²⁵ Folio 4706.

³²⁶ Folio 4647.

³²⁷ Folios 2672 y 2673 (folios 1055 y 1056 versión no confidencial).

³²⁸ Folios 2674 a 2691 (folios 1057 a 1074 versión no confidencial).

- (318) A cambio de ofrecer a BOOKING.COM una **comisión suplementaria de [CONFIDENCIAL] puntos** sobre la comisión básica de BOOKING.COM por reserva realizada,³²⁹ el hotel participante en el programa obtiene:
- una mejora de su visibilidad en la clasificación predeterminada que ofrece BOOKING.COM cuando un usuario introduce la búsqueda de un hotel en España en su sitio web; y
 - un icono especial de "pulgar hacia arriba" que actúa como el sello de aprobación de BOOKING.COM, cuando el hotel aparezca en los resultados.³³⁰
- (319) Para poder participar en dicho programa, un hotel situado en España debe cumplir previamente con tres requisitos:³³¹
- Alcanzar determinada **puntuación en materia de rendimiento** (*performance score*) del hotel dentro del sitio web de BOOKING.COM, de acuerdo con cálculos realizados por la propia BOOKING.COM.
- Concretamente, la puntuación del hotel en esta materia debe ser al menos de 70, lo cual significa que el hotel debe encontrarse dentro del 30% de los proveedores que reportan una mayor rentabilidad para BOOKING.COM en la zona geográfica definida por BOOKING.COM en la que se encuentre el hotel, con respecto a la tasa de conversión en BOOKING.COM.
- Alcanzar determinada **puntuación en materia de precios** de las habitaciones del hotel en el sitio web de BOOKING.COM, lo cual se traduce en que el hotel reúna la calificación de 'competitivo' en materia del indicador 'Precios Externos' (*external prices*) calculado por la propia BOOKING.COM y descrito anteriormente (véase el hecho acreditado 5.3).
 - Reunir determinada **puntuación en materia de reseñas** dentro del sitio web de BOOKING.COM, concretamente al menos 7 (sobre una escala de 10).
- (320) A continuación, se expondrá de forma más detenida el cálculo de las puntuaciones en materia de rendimiento del hotel dentro el sitio web de BOOKING.COM, así como en materia de precios de las habitaciones del hotel en el sitio web de BOOKING.COM.
- (321) Por lo que se refiere al cálculo de la **puntuación en materia de rendimiento** del hotel dentro del sitio web de BOOKING.COM, éste siguió los siguientes pasos

³²⁹ Esta comisión suplementaria [CONFIDENCIAL] (folio 2794).

³³⁰ Folio 4653.

³³¹ Folio 4653.

en el periodo que transcurre entre 2019 y la actualidad,³³² de acuerdo con BOOKING.COM.³³³

[CONFIDENCIAL]

- (322) Por lo que respecta al cálculo de la **puntuación en materia de precios** de las habitaciones del hotel, este se abordó al hilo de la explicación del programa BSB (vid. hecho acreditado 5.3). Sin embargo, cabe destacar dos diferencias relevantes en el empleo del indicador ‘Precios Externos’ en el caso del Programa Preferente con respecto a lo que ocurre en el Programa BSB que conviene resaltar.³³⁴

[CONFIDENCIAL]

- (323) Cabe señalar que, con anterioridad a junio de 2021, BOOKING.COM empleó el indicador ‘price quality score’ (PQS) en lugar de ‘Precios Externos’.³³⁵

- (324) En relación con la utilización del PQS de cara a calcular la puntuación en materia de precios necesaria para que un hotel situado en España pueda acceder y permanecer en el Programa Preferente, cabe poner de manifiesto lo siguiente:

- En un primer lugar, BOOKING.COM ha señalado que:

“El PQS ha sido un criterio de participación en el programa Preferente desde 2018”³³⁶

- Sin embargo, posteriormente, BOOKING.COM ha indicado que:

“Según el leal saber y entender de Booking.com, durante el periodo indicado PQS no se utilizó como criterio de elegibilidad para unirse al programa Preferred para hoteles en España”.³³⁷

- (325) Para un mayor detalle sobre el cálculo del PQS cabe remitirse a lo señalado al respecto en el hecho acreditado 5.3.

- (326) Según BOOKING.COM, acepta ingresos en el Programa Preferente [CONFIDENCIAL].³³⁸

³³² Folio 3995.

³³³ Folios 3993 y 3994.

³³⁴ Folio 3805.

³³⁵ Folio 2799 (folio 2957 versión no confidencial).

³³⁶ Folio 2801.

³³⁷ Folio 4508.

³³⁸ Folios 3806 y 3807.

- (327) BOOKING.COM ha señalado que toda la información explicativa sobre el programa Preferente que pone a disposición de los hoteles ubicada viene recogida en:³³⁹

<https://partner.booking.com/en-gb/help/growing-your-business/increase-revenue/all-you-need-know-about-preferred-partner-programme>³⁴⁰

<https://partner.booking.com/es/ayuda/desarrollo-de-tu-negocio/aumentar-ingresos/todo-lo-que-necesitas-saber-sobre-el-programa-de-0>³⁴¹

- (328) Dentro de esta información, y por lo que se refiere las ventajas del programa para los hoteles adheridos, BOOKING.COM señala que los hoteles que se adhieren obtienen un aumento de (i) hasta un 65% en visitas a la página web del hotel en BOOKING.COM y (ii) un 20%, de media, en reservas.³⁴² Con carácter adicional, en otro documento accesible públicamente en su sitio web, BOOKING.COM afirma que, de media, el Programa Preferente genera un aumento (i) del 65% de visitas a la página web del hotel en BOOOKING.COM y (ii) un 35% en reservas.³⁴³
- (329) De acuerdo con información proporcionada por BOOKING.COM,³⁴⁴ al menos desde marzo de 2023, los hoteles pueden consultar en su Extranet una estimación de las reservas adicionales que le ha reportado su participación en el Programa Preferente durante los últimos 30 días. Para obtener esta estimación, BOOKING.COM informa al hotel que ejecuta pruebas continuas:
- Primero, selecciona de forma aleatoria un pequeño grupo de usuarios a los que no se muestra el refuerzo de visibilidad proporcionado por el Programa Preferente.
 - A continuación, compara su comportamiento con una mayoría de usuarios que sí han visto el refuerzo de visibilidad, lo cual permite a BOOKING.COM estimar de forma precisa el impacto del Programa Preferente.
- (330) De acuerdo con datos proporcionados por BOOKING.COM³⁴⁵ y recogidos en la **Tabla 15**, la comisión del Programa Preferente constituyó una comisión muy importante para BOOKING.COM durante el periodo 2019-2022 en España. Así, durante el periodo 2019-2022, la comisión del Programa Preferente supuso el

³³⁹ Folio 3995.

³⁴⁰ Folios 4659 a 4667.

³⁴¹ Folios 4650 a 4658.

³⁴² Folio 4653.

³⁴³ Folio 4770.

³⁴⁴ Folios 4000 y 4001.

³⁴⁵ Folios 4504 y 5776 a 5779.

[CONFIDENCIAL]% del importe de las comisiones cobradas mientras la comisión estándar que supuso para BOOKING.COM el [CONFIDENCIAL]% de las comisiones cobradas). Esta importancia económica para BOOKING.COM de la comisión del Programa Preferente hay que ponerla en relación con el alcance del Programa Preferente, ya que, por su diseño (requisito de rendimiento), solo cubre el 30% de los hoteles ubicados en España que se encuentran en BOOKING.COM.

Tabla 15. Peso de las distintas comisiones de intermediación cobradas a hoteles situados en España en los ingresos de BOOKING.COM

[CONFIDENCIAL]

Fuente: BOOKING.COM^{346,347}

- (331) De cara a interpretar los resultados de la Tabla 15, es preciso tener en cuenta que:
- la comisión estándar para hoteles situados en España es del [CONFIDENCIAL]%, salvo en el caso de los hoteles situados en Lloret de Mar, donde asciende al [CONFIDENCIAL]%;
 - la comisión del Programa Preferente para hoteles situados en España es del [CONFIDENCIAL]%;
 - la comisión del Programa Preferente Plus (que se expone en el siguiente hecho acreditado 5.11) asciende al [CONFIDENCIAL]^{0%}³⁴⁸.

5.11. Programa Preferente Plus de BOOKING.COM

- (332) Un hotel situado en España que forme parte del Programa Preferente tiene la posibilidad de participar voluntariamente en el llamado programa Preferente Plus (conocido en inglés como *Preferred Plus*) ofrecido por BOOKING.COM.
- (333) Este programa se introdujo para los hoteles situados en España el 20 de abril de 2021.³⁴⁹

³⁴⁶ Folios 1520 y 3989 a 3991.

³⁴⁷ No se incluyen los datos derivados del programa 'Visibilidad Extra' (*Visibility Booster*), ya que, de acuerdo con BOOKING.COM, [CONFIDENCIAL].

³⁴⁸ Folio 2460 (folio 3137 versión no confidencial).

³⁴⁹ Folio 2802 (folio 2960 versión no confidencial).

- (334) A cambio de ofrecer a BOOKING.COM una **comisión suplementaria de [CONFIDENCIAL] puntos** sobre la comisión del Programa Preferente³⁵⁰, BOOKING.COM ofrece al hotel³⁵¹
- una mejora de su visibilidad en la clasificación predeterminada mayor que bajo el Programa Preferente;
 - crédito para viajar a las personas que reserven en el hotel participante, lo cual incrementa el atractivo del hotel, de acuerdo con BOOKING.COM, pues los potenciales clientes pueden usar el crédito obtenido para próximas reservas en BOOKING.COM.
- (335) Para poder participar en el Programa Preferente Plus, el hotel debe cumplir, con carácter previo, determinados requisitos que no han sido modificados desde el lanzamiento del Programa en España³⁵²:
- Formar parte del Programa Preferente, como se ha señalado.
 - Alcanzar determinada puntuación de rendimiento del hotel en el sitio web de BOOKING.COM (*performance score*).
- Concretamente, según BOOKING.COM, la puntuación del hotel en este apartado debe ser al menos de 80, lo cual significa que el hotel debe encontrarse dentro del 20% de los proveedores que reportan una mayor rentabilidad para BOOKING.COM en la zona geográfica definida por BOOKING.COM en la que se encuentre el hotel, con respecto a la tasa de conversión en BOOKING.COM.
- En cuanto al cálculo de esta puntuación, se realiza al igual que en el caso del Programa Preferente (vid. hecho acreditado anterior 5.10).
- Reunir determinada puntuación en materia de reseñas dentro del sitio web de BOOKING.COM, concretamente al menos 8 (sobre una escala de 10).
- (336) Al igual que en el Programa Preferente, según BOOKING.COM, acepta ingresos en el Programa Preferente Plus **[CONFIDENCIAL]**.³⁵³
- (337) BOOKING.COM ha señalado que toda la información explicativa sobre el programa Preferente Plus que pone a disposición de los hoteles ubicada viene recogida en:³⁵⁴

³⁵⁰ Esta comisión suplementaria **[CONFIDENCIAL]** (folio 2802 -folio 2960 versión no confidencial-).

³⁵¹ Folio 4671.

³⁵² Folio 4671.

³⁵³ Folios 3808.

³⁵⁴ Folio 3995.

<https://partner.booking.com/en-gb/help/growing-your-business/increase-revenue/all-you-need-know-about-preferred-plus> ³⁵⁵

<https://partner.booking.com/es/ayuda/desarrollo-de-tu-negocio/aumentar-ingresos/todo-lo-que-necesitas-saber-sobre-preferente-plus> ³⁵⁶

- (338) Dentro de esta información, y por lo que se refiere las ventajas del programa para los hoteles participantes, BOOKING.COM señala que los hoteles que se adhieren experimentan un aumento de visibilidad de hasta el 60%, el cual podría suponer un 30% más de reservas que los hoteles acogidos al Programa Preferente.³⁵⁷
- (339) La **Tabla 15** muestra la importancia de la comisión del Programa Preferente Plus dentro de los hoteles situados en España en términos de ingresos para BOOKING.COM.

5.12. Herramienta ‘Visibilidad Extra’ de BOOKING.COM

- (340) Un hotel situado en España tiene la posibilidad de emplear la herramienta llamada ‘Visibilidad Extra’ (conocido en inglés como *Visibility Booster*) ofrecida por BOOKING.COM.
- (341) Para poder emplearla el hotel debe únicamente elegir una comisión adicional a abonar a BOOKING.COM por reserva intermediada, comisión adicional que puede llegar hasta el **[CONFIDENCIAL]**% (y que se suma a la comisión estándar que tiene que pagarle). No existen criterios de calidad para poder emplear esta herramienta, a diferencia de lo expuesto en relación con los Programas Preferente y Preferente Plus.
- (342) En función de la comisión adicional que decida abonar el hotel a BOOKING.COM por reserva intermediada, BOOKING.COM le ofrece una mayor o menor potencial mejora de su visibilidad en la clasificación predeterminada de resultados del sitio web de BOOKING.COM.³⁵⁸ Concretamente, según BOOKING.COM, el Programa concede un aumento en la puntuación de clasificación de uno de los algoritmos, que potencialmente conduce a un resultado de clasificación más alto.³⁵⁹

³⁵⁵ Folios 4676 a 4684.

³⁵⁶ Folios 4668 a 4675.

³⁵⁷ Folio 4671.

³⁵⁸ Folio 4688.

³⁵⁹ Folios 340, pie de página (folio 2928, pie de página, versión no confidencial).

- (343) De acuerdo con BOOKING.COM, los hoteles que emplean esta herramienta se indican como "promocionadas" en los resultados de búsqueda.³⁶⁰
- (344) BOOKING.COM pone a disposición de los hoteles ubicados en España de forma pública la siguiente información explicativa de la herramienta 'Visibilidad Extra':

<https://partner.booking.com/en-gb/help/growing-your-business/increase-revenue/all-you-need-know-about-visibility-booster>³⁶¹

<https://partner.booking.com/es/ayuda/desarrollo-de-tu-negocio/aumentar-ingresos/todo-lo-que-necesitas-saber-sobre-la-herramienta>³⁶²

- (345) Dentro de esta información, y por lo que se refiere las ventajas de esta herramienta para los hoteles que deseen emplearla, BOOKING.COM indica que ofrece al hotel una estimación del aumento de visitas a la página web del hotel en el sitio web de BOOKING.COM y de reservas que obtendría en función del nivel de comisión adicional que elija bajo 'Visibilidad Extra', basándose en su inteligencia sobre comportamiento del consumidor, tendencias de reserva y la demanda:

*"Al utilizar esta herramienta y configurar tu comisión podrás ver el aumento en el número de visitas y reservas previsto según los estudios que realizamos sobre cómo reservan los clientes, las tendencias y la demanda de reservas."*³⁶³

- (346) De acuerdo con BOOKING.COM, [CONFIDENCIAL].

5.13. Programa *Genius* de BOOKING.COM

- (347) Un hotel situado en España tiene la posibilidad de participar voluntariamente en el **programa de fidelización de clientes de BOOKING.COM**, conocido como *Genius*.
- (348) En el marco de este programa, los hoteles participantes deben ofrecer, a un grupo cerrado de usuarios de BOOKING.COM (los miembros del programa *Genius*), un descuento del 10% en la tarifa de la habitación más vendida y también en la más barata del hotel que tenga en BOOKING.COM (si la habitación más barata coincide con la más vendida, el descuento solo se aplicará a esta habitación).³⁶⁴ Junto con este descuento obligatorio para poder participar en el

³⁶⁰ Folio 336 (folio 2926 versión no confidencial).

³⁶¹ Folios 4694 a 4702.

³⁶² Folios 4685 a 4693.

³⁶³ Folio 4688.

³⁶⁴ Folio 4707.

programa, el hotel puede ofrecer opcionalmente otros extras (un descuento mayor- del 15%-, desayuno gratuito, mejora de habitación gratuita, etc.).³⁶⁵

- (349) Con su participación en el programa, BOOKING.COM ofrece al hotel:³⁶⁶
- una mayor visibilidad en la clasificación predeterminada de BOOKING.COM, y
 - un etiquetado especial '*Genius*' junto al nombre del hotel, cuando este aparezca en los resultados de búsqueda en el sitio web y aplicaciones de BOOKING.COM.
- (350) Para participar en dicho programa, el hotel debe cumplir, con carácter previo, con determinados requisitos:³⁶⁷
- tener disponibilidad de habitaciones en BOOKING.COM,
 - haber recibido al menos tres reseñas de personas que se hayan alojado en él en el sitio web de BOOKING.COM,
 - tener una puntuación de las reseñas de al menos 7,5 en el sitio web de BOOKING.COM (BOOKING.COM puede exceptuar de este requisito si la puntuación media de la zona/ciudad del hotel es inferior a 7,5 y el hotel en cuestión tiene una puntuación superior a esa media); y
 - reunir la calificación de 'competitivos' en el indicador 'Precios Externos' que calcula BOOKING del hotel.
- BOOKING.COM indica que calcula la calificación del hotel en materia del indicador 'Precios Externos' para el programa *Genius* [**CONFIDENCIAL**].³⁶⁸
- (351) Con carácter adicional, en las condiciones que acepta el alojamiento al unirse al Programa *Genius*, éste acuerda satisfacer un criterio, adicional a los señalados en el párrafo anterior (350), durante su participación en el programa (cláusula 3)³⁶⁹, [**CONFIDENCIAL**].
- (352) Por lo que respecta a los clientes que podían ser miembros del programa *Genius*, BOOKING.COM ha señalado que debían cumplir con unos requisitos para poder acceder al mismo:³⁷⁰
- tener una cuenta registrada en BOOKING.COM y estar conectados con ella;

³⁶⁵ Folio 2456 (folio 3133 versión no confidencial).

³⁶⁶ Folios 4706.

³⁶⁷ Folio 4706.

³⁶⁸ Folio 3805.

³⁶⁹ Folios 2817 a 2819.

³⁷⁰ Folios 328 y 329 (folios 2918 y 2919 versión no confidencial).

- hasta marzo de 2021, los clientes debían haber realizado dos reservas en un plazo de dos años. Además, si habían realizado 5 reservas en dicho plazo, pueden acceder a extras que los hoteles hayan optado por ofrecer (como, por ejemplo, un 15% de descuento, desayuno gratis, cambio a una categoría de habitación superior gratis, etc.);
- desde abril de 2021, existen varios niveles de usuarios *Genius*, que dependen del número de reservas que hayan realizado, y que permiten acceder a distintos niveles de descuento. Así, todos los clientes con una cuenta de usuario registrado en BOOKING.COM reciben un nivel de afiliación *Genius 1* y obtienen acceso instantáneo a los descuentos *Genius* en determinadas propiedades *Genius*.

(353) BOOKING.COM pone a disposición de los hoteles ubicados en España de forma pública la siguiente información explicativa del programa *Genius*:³⁷¹

<https://partner.booking.com/en-gb/help/growing-your-business/increase-revenue/becoming-Genius-partner>

(354) Dentro de esta información, y por lo que se refiere las ventajas del programa para los hoteles adheridos, BOOKING.COM señala que los hoteles que se adhieren obtienen, de media, un aumento del 70% en visitas a la página web del hotel en BOOKING.COM, del 45% en reservas y del 40% de ingresos (con el coste del descuento incluido).³⁷²

6. FUNDAMENTOS DE DERECHO

6.1. Competencia para resolver

(355) De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**LCNMC**), a la CNMC le compete “*aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia*”. El artículo 20.2 de la misma norma atribuye al Consejo la función de “*resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio*” y, según el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, “*la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio*”. Lo

³⁷¹ Folios 4703 a 4711.

³⁷² Folio 4706.

anterior, sin perjuicio de las competencias que correspondan a los órganos autonómicos de defensa de la competencia en su ámbito respectivo.

- (356) Asimismo, conforme a lo establecido en el artículo 1.1 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, corresponde a la CNMC la tramitación de los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de la LDC, cuando las conductas alteren o puedan alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, aun cuando el ejercicio de tales competencias haya de realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas.
- (357) En el presente caso, las conductas analizadas cubren todo el territorio nacional, por lo que la competencia para la aplicación de la LDC recae de forma exclusiva en la CNMC.
- (358) Por otra parte, de acuerdo con el apartado 1 del artículo 3 del Reglamento 1/2003, cuando las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros apliquen el derecho nacional de competencia a conductas contempladas en el artículo 102 del TFUE que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros deben aplicar también el artículo 102 del TFUE. En tal caso, el artículo 2 de la LDC se aplica en paralelo y, en consonancia, con el artículo 102 del TFUE y su interpretación jurisprudencial.³⁷³
- (359) Según lo dispuesto en la Disposición Adicional Quinta de la LDC, la CNMC es la autoridad nacional de competencia a los efectos del artículo 3 del Reglamento 1/2003.
- (360) En el presente caso, se aplica el artículo 2 de la LDC a conductas contempladas en el artículo 102 del TFUE que pueden afectar al comercio entre los Estados miembros (véase el epígrafe 6.3 de la presente resolución), dado que
- la CE no ha incoado un procedimiento con vistas a la adopción de una decisión por las mismas conductas, conforme a lo establecido en el apartado 6 del artículo 11 del Reglamento 1/2003; y
 - BOOKING.COM es una empresa que provee bienes y servicios en España;

³⁷³ Sentencias del TJUE de 24 de octubre de 1995, *Bayerische Motorenwerke*, C-70/93, ECLI:EU:C:1995:344; de 28 de abril de 1998, *Javico*, C-306/96, ECLI:EU:C:1998:173; de 2 de abril de 2009, *Pedro IV Servicios*, C-260/07, ECLI:EU:C:2009:215; de 14 de febrero de 2012, *Toshiba Corporation y otros*, C-17/10, ECLI:EU:C:2012:72; y de 13 de diciembre de 2012 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation - Francia) - *Expedia Inc./Autorité de la concurrence y otros*, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795 .

- se considera que la CNMC se encuentra correctamente posicionada para la aplicación del artículo 102 del TFUE.

6.2. Normativa aplicable

- (361) La presente resolución tiene por objeto resolver sobre una serie de conductas realizadas durante la vigencia de la de la LDC y el TFUE por parte de BOOKING.COM, por lo que será la LDC la norma aplicable, con carácter general, al presente procedimiento sancionador.
- (362) Lo anterior no obsta para que, en atención a la reforma de la LDC operada por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, cuya entrada en vigor se produjo el 29 de abril de 2021³⁷⁴, se califiquen las infracciones únicas y continuadas de abuso de posición de dominio con una gravedad distinta en función de la versión vigente de la LDC durante el período comprendido por ambas³⁷⁵ (véase el epígrafe 6.5.2.1.4 de la presente resolución).
- (363) En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

6.3. Afectación al comercio entre Estados Miembros

- (364) Para determinar si procede analizar las conductas descritas en el ámbito de aplicación del artículo 102 del TFUE es preciso constatar que puedan afectar al comercio entre los EEMM, tal y como señala dicho precepto:

“Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.”

- (365) El párrafo 22 de las Directrices de la CE relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado (2004/C 101/07) señala que (i) la aplicación del criterio del efecto sobre el comercio es independiente de la definición de los mercados geográficos de referencia y que (ii) el comercio

³⁷⁴ Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores. «BOE» núm. 101, de 28 de abril de 2021, páginas 49749 a 49924

³⁷⁵ Lo anterior se desarrolla pormenorizadamente en la sección 6.5.2.1.4 de la presente resolución.

entre Estados miembros también puede verse afectado en caso de que el mercado pertinente sea nacional o subnacional.

(366) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (**TJUE**)³⁷⁶ se ha pronunciado en este sentido (i) señalando que no es necesario que una práctica anticompetitiva tenga dimensión transfronteriza para considerar afectado el comercio intracomunitario y (ii) destacando que una práctica anticompetitiva que se extienda a todo el territorio de un Estado miembro, como ocurre en el presente caso, tiene por efecto consolidar compartimentaciones de carácter nacional y es susceptible de obstaculizar la interpenetración económica perseguida por el Tratado. Conviene, por ello, atender a la existencia de un comercio entre los Estados miembros de los productos cubiertos por la práctica, y a la existencia de prácticas que puedan afectar a dicho comercio.

(367) Asimismo, reiterada jurisprudencia del TJUE establece que³⁷⁷

"la extensión de una posición de dominio en el territorio de un Estado miembro, puede constituir una posición dominante en una parte sustancial del mercado común".

(368) Por definición, las prácticas que se extienden a todo un Estado miembro afectan a una parte sustancial del mercado común, de acuerdo con las Directrices de la CE relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado (2004/C 101/07), que indican:

*"La combinación de la posición de mercado de la empresa dominante y de la naturaleza contraria a la competencia de su conducta implica que tales abusos tienen normalmente, por su propia naturaleza, un efecto apreciable sobre el comercio. Sin embargo, si el abuso tiene un carácter puramente local o sólo concierne a una parte insignificante de las ventas de la empresa dominante en el Estado miembro en cuestión, el comercio no puede verse afectado de forma apreciable."*³⁷⁸

(369) El artículo 3 del **Reglamento 1/2003**, regula con efecto directo en toda la UE la relación entre los artículos 101 y 102 del TFUE y las normas nacionales de competencia.

(370) En su apartado 1, el artículo 3 del Reglamento 1/2003 establece la obligación para las autoridades de competencia de los Estados miembros (y los órganos jurisdiccionales) de aplicar el artículo 102 TFUE a las prácticas abusivas

³⁷⁶ Sentencia del TJUE, de 19 de febrero de 2002, *Wouters*, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98.

³⁷⁷ Sentencias del TJUE, de 11 de diciembre de 2008, *Kanal 5 Ltd y TV 4 AB contra STIM*, asunto C-52/07, ECLI:EU:C:2008:703STIM; y del Tribunal Supremo, de 24 de noviembre de 2014 (recurso nº 4816/2011), ECLI:ES:TS:2011:4816.

³⁷⁸ Párrafo 96 de las Directrices de la CE relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado (2004/C 101/07)

prohibidas cuando resulte aplicable, aunque le apliquen también el derecho nacional de la competencia. En consecuencia, la aplicación concurrente del artículo 102 del TFUE con el artículo 2 de la LDC es forzosa cuando el abuso de posición dominante afecte al comercio entre Estados miembros.

- (371) En el presente caso, como se ha señalado en el párrafo (140), se estima que la mitad de las reservas en hoteles situados en España que canalizan las OTAs proceden de residentes extranjeros (por encima incluso de la media considerando todos los canales de comercialización).
- (372) Además, las prácticas en cuestión se refieren a ventas por Internet, por lo que resulta más probable que tengan efectos más allá del territorio nacional, dado que la tecnología permite un fácil acceso desde cualquier lugar.
- (373) En cualquier caso, en virtud de lo señalado en el párrafo (368), las prácticas se extienden a toda España, cubriendo todo el conjunto del mercado de servicios de intermediación de reservas en línea a hoteles situados en España por parte de OTAs, por lo que afecta a una parte sustancial del mercado común.

6.4. Propuesta del órgano instructor

- (374) La DC ha propuesto a esta Sala que declare a BOOKING.COM B.V. como responsable directo de las siguientes infracciones:
- **Una infracción única y continuada de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE**, compuesta de tres conductas consistentes en la imposición de condiciones comerciales no equitativas a los hoteles situados en España **desde al menos el 1 de enero de 2019 hasta la actualidad**. Concretamente se trata de las siguientes conductas:
 - la asimetría en la aplicación de la cláusula de paridad de precios estrecha por parte de BOOKING.COM existente desde al menos el 30 de abril de 2019 hasta la actualidad:
 - mientras BOOKING.COM impone una cláusula de paridad de precios estrecha a los hoteles, esto es, les impide rebajar su precio (respecto al precio ofertado en el sitio web de BOOKING.COM) en su propio canal de venta en línea;
 - BOOKING.COM se reserva la posibilidad de rebajar unilateralmente el precio que ofrece el hotel en el sitio web de BOOKING.COM, con cargo a su comisión, en determinados casos;
 - la imposición a los hoteles situados en España de los siguientes términos en las Condiciones Generales de Contratación que gobiernan la relación

contractual entre las partes desde al menos el 1 de enero de 2019 hasta la actualidad:

- la versión vinculante de las Condiciones Generales de Contratación es aquella redactada en inglés;
- las Condiciones Generales de Contratación se rigen por el derecho de los Países Bajos, conforme al cual deben interpretarse, y, en caso de conflicto en relación con las mismas, un hotel situado en España debe acudir a los tribunales competentes de Ámsterdam (Países Bajos);
- la falta de transparencia en la información que ofrece BOOKING.COM a los hoteles situados en España, desde al menos el 1 de enero de 2019 hasta la actualidad, sobre el impacto que tiene la suscripción de los programas Preferente, Preferente Plus y *Genius* en su posición dentro de la clasificación predeterminada de resultados que ofrece BOOKING.COM en su sitio web y el consiguiente número adicional de visitas al hotel y reservas en el sitio web de BOOKING.COM. Dicha falta de transparencia en la información señalada se produce (i) tanto con carácter previo a la utilización de dichos programas por el hotel (no mostrando una previsión individualizada del impacto esperable que tengan dichos programas en el número adicional de visitas al hotel y de reservas en el sitio web de BOOKING.COM), (ii) como una vez el hotel los ha empleado durante un tiempo (no mostrando una estimación individualizada de su impacto real en dicho número adicional de visitas al hotel y de reservas).
- **Una infracción única y continuada de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE**, compuesta de dos conductas consistentes en restringir la competencia de otras agencias de viajes en línea (OTAs) a la hora de ofrecer servicios de intermediación de reservas a los hoteles situados en España, **desde al menos el 1 de enero de 2019 hasta la actualidad**. Concretamente, estas dos conductas son:
 - el empleo de las reservas brutas (incluidas las cancelaciones) y netas (sin incluir las cancelaciones) que un hotel situado en España ha tenido en el sitio web de BOOKING.COM como criterio de ordenación de los hoteles en la clasificación predeterminada de resultados que ofrece BOOKING.COM en su sitio web, desde al menos el 1 de enero de 2019 hasta la actualidad; y
 - el empleo del criterio de rendimiento (*performance score*) para que un hotel situado en España pueda acceder y permanecer en los programas Preferente y Preferente Plus de BOOKING.COM, desde al menos el 1 de enero de 2019 hasta la actualidad.

- **Una infracción única y continuada del artículo 3 de la LDC**, compuesta de tres conductas por actos de competencia desleal correspondientes a sendas modalidades de explotación de la dependencia económica que los hoteles situados en España tienen respecto de BOOKING.COM, resultando en un falseamiento de la libre competencia mediante la imposición de condiciones comerciales no equitativas **desde al menos el 1 de enero de 2017 hasta la actualidad**. Concretamente se trata de las siguientes conductas:
 - la asimetría en la aplicación de la cláusula de paridad de precios estrecha por parte de BOOKING.COM existente desde al menos el 30 de abril de 2019 hasta la actualidad:
 - mientras BOOKING.COM impone una cláusula de paridad de precios estrecha a los hoteles, esto es, les impide rebajar su precio (respecto al precio ofertado en el sitio web de BOOKING.COM) en su propio canal de venta en línea;
 - BOOKING.COM se reserva la posibilidad de rebajar unilateralmente el precio que ofrece el hotel en el sitio web de BOOKING.COM, con cargo a su comisión, en determinados casos;
 - la imposición a los hoteles situados en España de los siguientes términos en las Condiciones Generales de Contratación que gobiernan la relación contractual entre las partes desde al menos el 1 de enero de 2017 hasta la actualidad:
 - la versión vinculante de las Condiciones Generales de Contratación es aquella redactada en inglés;
 - las Condiciones Generales de Contratación se rigen por el Derecho de los Países Bajos, conforme al cual deben interpretarse, y, en caso de conflicto en relación con las mismas, un hotel situado en España debe acudir a los tribunales competentes de Ámsterdam (Países Bajos);
 - la falta de transparencia en la información que ofrece BOOKING.COM a los hoteles situados en España, desde al menos el 1 de enero de 2017 hasta la actualidad, sobre el impacto que tiene la suscripción de los programas Preferente, Preferente Plus y *Genius* en su posición dentro de la clasificación predeterminada de resultados que ofrece BOOKING.COM en su sitio web y el consiguiente número adicional de visitas al hotel y reservas en el sitio web de BOOKING.COM. Dicha falta de transparencia en la información señalada se produce (i) tanto con carácter previo a la utilización de dichos programas por el hotel (no mostrando una previsión individualizada del impacto esperable que tengan dichos programas en el número adicional de visitas al hotel y de reservas en el sitio web de BOOKING.COM), (ii) como una vez el hotel los ha

empleado durante un tiempo (no mostrando una estimación individualizada de su impacto real en dicho número adicional de visitas al hotel y de reservas).

- (375) En relación con la multa, la DC propone que se impongan las siguientes sanciones:

Tabla 16. Sanciones pecuniarias propuestas por la DC

Infracción	Tipo sancionador ³⁷⁹	Multa propuesta (€)
Infracción única y continuada del art. 2 de la LDC y 102 del TFUE (abuso explotativo)	- 1/01/2019 – 28/04/2021: 3,5% - 29/04/2021 – actualidad: 7%	206.620.000
Infracción única y continuada del art. 2 de la LDC y 102 del TFUE (abuso exclusionario)	- 1/01/2019 – 28/04/2021: 3% - 29/04/2021 – actualidad: 6%	206.620.000
Art. 3 de la LDC	- 01/01/2017 – 31/12/2018: 3,5%	72.480.000

- (376) Asimismo, la DC propone que, de acuerdo con el artículo 53.2.b) de la LDC, se impongan a BOOKING.COM las siguientes obligaciones de comportamiento³⁸⁰:

1. BOOKING.COM deberá dejar de incluir simultáneamente en sus contratos, presentes y futuros, con hoteles situados en España los dos siguientes tipos de cláusulas:

- aquella cláusula que obliga al hotel a mantener una paridad estrecha de precios con BOOKING.COM, y
- aquella cláusula que permite a BOOKING.COM poder rebajar, a su discreción, el precio que el hotel establezca para sus habitaciones en el sitio web de BOOKING.COM,

Dentro de este supuesto no se contempla la suscripción voluntaria, por parte del hotel, de programas opcionales por los cuales el hotel habilite a BOOKING.COM para dicha posibilidad, siempre y cuando (i) dicha contratación no se vincule a la firma de las condiciones generales de

³⁷⁹ Como se ha indicado en el párrafo (362) de la presente resolución, en atención a la reforma de la LDC operada por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, cuya entrada en vigor se produjo el 29 de abril de 2021, se califican las dos infracciones únicas y continuadas de abuso de posición de dominio con una gravedad distinta en función de la versión vigente de la LDC durante cada período comprendido por cada una de las dos infracciones, lo que tiene implicaciones en el tipo sancionador aplicado para cada infracción en cada uno de los dos períodos abarcados.

³⁸⁰ Junto con la propuesta de obligaciones de comportamiento, la DC detalla la duración de cada una y una serie de obligaciones de comunicación complementarias (véase los párrafos 963 a 965 de la PR).

contratación que un hotel debe suscribir para contratar los servicios de intermediación de reservas de BOOKING.COM y (ii) BOOKING.COM nunca incluya al hotel por defecto en este tipo de programas de naturaleza voluntaria.

Para cumplir con esta obligación, BOOKING.COM deberá abandonar uno de los dos tipos de cláusulas señaladas, a su elección.

2. BOOKING.COM deberá incluir en sus contratos, presentes y futuros, con hoteles situados en España que

- La versión en lengua española de las GDT y de cualquier condición general de contratación, entre BOOKING.COM y un hotel situado en España, es vinculante a efectos jurídicos y no está supeditada a la versión en otras lenguas.
- El ordenamiento jurídico español es el aplicable a las GDT y a cualquier condición general de contratación, entre BOOKING.COM y un hotel situado en España.
- En caso de conflicto en relación con las GDT o con cualquier condición general de contratación, entre BOOKING.COM y un hotel situado en España, los tribunales competentes deben estar radicados en España

3. BOOKING.COM ofrecerá a los hoteles situados en España su mejor estimación relativa a la siguiente información en relación con su participación en los programas *Genius*, *Preferente* y *Preferente Plus*:

- su mejor estimación sobre la previsión de visitas a la página web del hotel en BOOKING.COM, así como de reservas, adicionales que reportará cada programa durante el mes natural siguiente, de modo diferenciado, y
- su mejor estimación del número de noches adicionales por habitación (del inglés, *room nights*) que ha reportado la participación en los programas *Preferente Plus* y *Genius* durante los últimos 30 días, de modo diferenciado.

En línea con la información que ha proporcionado BOOKING.COM

- en el programa 'Visibilidad Extra', sobre la estimación del aumento de visitas a la página web del hotel en el sitio web de BOOKING.COM y de reservas que va a obtener (véase párrafo (344)), y
- en el programa *Preferente*, sobre la estimación de noches adicionales por habitación que ha reportado su participación en el mismo durante los últimos 30 días (véase párrafo (329)).

Además, BOOKING.COM ofrecerá a los hoteles situados en España la posibilidad de consultar un histórico que recopile toda la información que haya ofrecido en relación con esta obligación, para que el hotel pueda consultarla *a posteriori*.

4. BOOKING.COM no empleará con hoteles situados en España, como criterio de ordenación de los resultados de su clasificación predeterminada, las reservas brutas (incluidas las cancelaciones) y netas (sin incluir las cancelaciones) del hotel en el sitio web de BOOKING.COM (y páginas de terceros donde se muestre la clasificación predeterminada de resultados elaborada por BOOKING.COM) o cualquier medida con efecto equivalente (como puede ser, entre otros, el nivel de ingresos que ha reportado el hotel a BOOKING.COM).
5. BOOKING.COM no empleará, con hoteles situados en España, como criterio de acceso y permanencia en los Programas Preferente y Preferente Plus, cualquier tipo de medida relacionada con la rentabilidad que supone el hotel para BOOKING.COM.

6.5. VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA

6.5.1. Archivo de las actuaciones respecto a la infracción de falseamiento de la libre competencia por actos desleales

- (377) Como se ha indicado en la sección 6.4 de la presente resolución, el órgano instructor ha propuesto a este Consejo sancionar a BOOKING.COM por la comisión de **una infracción única y continuada del artículo 3 de la LDC**, compuesta por tres conductas de actos de competencia desleal correspondientes a sendas modalidades de explotación de la dependencia económica que los hoteles situados en España tienen respecto de BOOKING.COM, resultando en un falseamiento de la libre competencia mediante la imposición de condiciones comerciales no equitativas **desde al menos el 1 de enero de 2017 hasta la actualidad**.
- (378) Como puede observarse, desde el 1 de enero de 2019 la imputación de la infracción única y continuada de falseamiento de la libre competencia por actos desleales tipificada por el artículo 3 de la LDC concurre con la infracción única y continuada de abuso de posición de dominio de tipo explotativo tipificada por los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE (véase sección 6.5.2.1.2.2.1 de la presente resolución). Hasta esa fecha y desde el 1 de enero de 2017 la DC únicamente imputa a BOOKING.COM una infracción única y continuada del artículo 3 de la LDC.

- (379) Examinados los hechos probados de este expediente, y como se detalla en la presente resolución (véase sección 6.5.2 en adelante), a juicio de este Consejo la DC ha probado de forma muy sólida las dos infracciones únicas y continuadas de abuso de posición de dominio imputadas.
- (380) No obstante, la tipificación de los hechos acreditados en el presente expediente como una vulneración del artículo 3 de la LDC en los términos recogidos en la PR exige, a juicio de esta Sala, que la infracción se pruebe de manera autónoma, suficiente y con base en los requisitos probatorios mínimos propios del derecho administrativo sancionador.
- (381) Como es sabido, para apreciar esta infracción es necesario que se cumplan dos condiciones: (i) que exista un acto de competencia desleal de conformidad con la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (**LCD**) y que, además, (ii) dicho acto afecte al interés público al falsear la competencia en el mercado.
- (382) En concreto, la DC imputa a BOOKING.COM como acto de competencia desleal la explotación de la dependencia económica recogida en el artículo 16.2 de la LCD que establece lo siguiente:
- “la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares”* (subrayado propio).
- (383) El foco del análisis de la figura de la explotación de la dependencia económica recogida en el artículo 16.2 de la LCD recae en dos aspectos fundamentales:
- **la situación relativa de la empresa dependiente económicamente de otra** de la que es cliente o proveedora, por cualesquiera causas, que consiste en **no disponer de alternativa equivalente** para el ejercicio de su actividad comercial; y
 - **la explotación que haga la otra empresa de esa dependencia económica** o situación de desequilibrio relativo entre ellas, sin existir justificación objetiva
- (384) La acreditación de un abuso de posición de dominio prohibido por el art. 2 de la LDC, en su vertiente explotativa, no implica automáticamente la existencia de una infracción concurrente de falseamiento de la libre competencia por actos desleales del art. 3 de la LDC en relación con la explotación de dependencia económica del art. 16.2 de la LCD.

- (385) No existe una similitud plena entre la posición de dominio que pueda ostentar una empresa en un mercado definido y la posición de poder en que pueda encontrarse una empresa respecto de otra empresa, grupo o categoría de empresas que se encuentren en una situación relativa de dependencia económica respecto de ella. Del mismo modo, tampoco puede ser idéntico el análisis de la explotación de la posición de dominio de una empresa dominante, basado en la previa existencia de una responsabilidad especial de no impedir con su comportamiento el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado³⁸¹, del análisis relativo a la explotación de la dependencia económica que dicha empresa pueda ejercer respecto de otras empresas, grupo de empresas, clientes o proveedores que le son dependientes económicamente.
- (386) Pues bien, esta Sala, una vez analizados los hechos acreditados contenidos en el expediente y las alegaciones de BOOKING.COM³⁸² considera que no concurren los elementos de prueba suficientes para mantener la imputación relativa al falseamiento de la libre competencia por actos desleales.
- (387) Como se desarrolla más adelante en la presente resolución (véase sección 6.5.2.1.2.2.1), existen elementos sobrados que conforman la prueba de cargo de la infracción de abuso de posición de dominio explotativa cometido por BOOKING.COM a partir del 1 de enero de 2019. Sin embargo, no se aprecia la existencia de un análisis suficientemente individualizado de los requisitos específicos de la explotación de la dependencia económica que permita, desde la óptica del derecho administrativo sancionador, tener por acreditada la conducta de competencia desleal durante todo el periodo imputado.
- (388) Por todo lo anterior, teniendo en cuenta que, a juicio de esta Sala, el contenido de la PR no cumple con el estándar probatorio necesario para poder sostener con garantías suficientes la referida imputación, **procede archivar la imputación contra BOOKING.COM únicamente en lo que se refiere a la**

³⁸¹ Sentencia del TJUE, de 9 de noviembre de 1983, *Michelin I*, C-322/81, ECLI:EU:C:1983:313 (párrafo 57); Sentencia del TJUE, de 2 de abril de 2009, *France Télécom*, C-202/07, ECLI:EU:C:2009:214 (párrafo 105); Sentencia del TJUE, de 27 de marzo de 2012, *Post Danmark*, C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172 (párrafo 23); Sentencia del TJUE, de 6 de septiembre de 2017, *Intel*, C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632 (párrafo 135); y Sentencia del TJUE, de 25 de marzo de 2021, *Slovak Telecom*, C-165/19 P, ECLI:EU:C:2021:239 (párrafo 40).

A nivel nacional, véase la Sentencia del Tribunal Supremo 3175/2010, de 16 de junio de 2010, recurso 4714/2007 (Fundamento de Derecho Séptimo); la Sentencia del Tribunal Supremo de 478/2011, de 10 de febrero de 2011, recurso 3042/2008 (Fundamento de Derecho Segundo); y la Sentencia de la Audiencia Nacional 8670/2004, de 14 de enero de 2004, recurso 892/2000 (Fundamento de Derecho Séptimo).

³⁸² Folios 7074 a 7083 (folios no confidenciales 7182 a 7191).

comisión de una infracción única y continuada del artículo 3 de la LDC desde al menos el 1 de enero de 2017 hasta la actualidad.

6.5.2. Tipificación de las conductas

(389) En la presente sección se van a evaluar, a la luz de la legislación nacional y de la UE, las siguientes conductas llevadas a cabo por BOOKING.COM, por el siguiente orden:

- asimetría en la aplicación de la cláusula de paridad de precios estrecha (véase sección 5.2 y 5.3):
 - mientras BOOKING.COM impone una cláusula de paridad de precios estrecha a los hoteles (véase sección 5.2), esto es, les impide rebajar su precio en su propio canal de venta en línea (respecto al precio ofertado en BOOKING.COM);
 - BOOKING.COM se reserva la posibilidad de rebajar unilateralmente el precio que ofrece el hotel en BOOKING.COM, con cargo a su comisión, en determinados casos (véase sección 5.3);
- la imposición a los hoteles situados en España de los siguientes términos en las GDT (véase sección 5.4 y 5.5):
 - la versión vinculante de las GDT es aquella redactada en inglés (véase sección 5.4);
 - las GDT se rigen por el Derecho de los Países Bajos, conforme al cual deben interpretarse, y, en caso de conflicto en relación con las mismas, un hotel situado en España debe acudir a los tribunales competentes de Ámsterdam, Países Bajos (véase sección 5.5);
- la falta de transparencia en la información que ofrece BOOKING.COM a los hoteles situados en España sobre el impacto que tiene la suscripción de los programas Preferente, Preferente Plus y *Genius* en su posición dentro de la clasificación predeterminada de resultados que ofrece BOOKING.COM en su sitio web (véase sección 5.10, 5.11 y 5.13) y el consiguiente número adicional de visitas al hotel y reservas en BOOKING.COM (véase sección 5.6, 5.8 y 5.9);
- el empleo de las reservas que un hotel ha tenido en BOOKING.COM como criterio de ordenación de los hoteles en la clasificación predeterminada de resultados que ofrece BOOKING.COM en su sitio web (véase sección 5.7); y
- el empleo del criterio de rendimiento para que un hotel pueda acceder y permanecer en los programas Preferente y Preferente Plus (véase sección 5.10 y 5.11).

- (390) Las referidas conductas se analizan, de conformidad con lo indicado en la sección 6.5.1 de la presente resolución, únicamente como posibles infracciones del artículo 2 de la LDC y 102 del TFUE.

6.5.2.1. Abuso de posición de dominio

6.5.2.1.1. Posición de dominio de BOOKING.COM

6.5.2.1.1.1. Principios

- (391) Si bien el artículo 2 de la LDC no define la posición de dominio, ésta se ha venido definiendo (de conformidad con reiterada jurisprudencia europea³⁸³, la Comunicación de la CE relativa a las orientaciones sobre sus prioridades de control en su aplicación del artículo 102 del TFUE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes³⁸⁴ -**Comunicación de la CE relativa al artículo 102 del TFUE**-, así como numerosas Resoluciones de la autoridad española de competencia³⁸⁵) como la situación de poder económico en que se encuentra una empresa y que le permite impedir que exista una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, en último término, los consumidores. Sobre la empresa que ocupa una posición dominante recae una responsabilidad especial, la de no perjudicar, con su conducta, a la competencia efectiva y no falseada en el mercado interior.
- (392) Por lo tanto, la posición dominante de un operador vendrá determinada por la facultad de éste de mantener, de forma significativa, un comportamiento independiente respecto de sus fuentes de presión competitiva. Este margen de

³⁸³ Sentencias del Tribunal de Justicia de la UE *United Brands* C-27/76, ECLI:EU:C:1978:22; *Hoffman – La Roche* C-85/76, ECLI:EU:C:1979:36; *Michelin*, c-322/81, ECLI:EU:C:1983:313; *Télémarketing*, c-311/84, ECLI:EU:C:1985:394 y *TeliaSonera*, c-52/09, ECLI:EU:C:2011:83.

³⁸⁴ Comunicación de la CE “*Orientaciones sobre las prioridades de control en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*” (2009/C 45/02). Dicha Comunicación se ha actualizado en 2023 (2023/C 116/01) sin haberse alterado dicha definición de posición de dominio.

³⁸⁵ Resolución de la extinta CNC, de 22 de febrero de 2011 (expediente S/0180/10 *ArcelorMittal*); Resolución de la CNMC, de 21 de enero de 2014 (expediente S/0373/11 *CORREOS 2*); Resolución de la CNMC, de 26 de agosto de 2013 (expediente S/0360/11 *AGEDI*); Resolución de la CNMC, de 8 de junio de 2017 (expediente S/DC/0557/15 *Nokia*); Resolución de la CNMC, de 21 de noviembre de 2017 (expediente S/DC/0580/16 *Criadores de caballos 2*); y Resolución de la CNMC, de 30 de mayo de 2019 (expediente S/DC/0590/16 *DAMA VS SGAE*).

independencia frente a competidores y clientes no debe ser absoluto, sino que basta con que sea “apreciable” o “considerable”³⁸⁶.

- (393) La Resolución, de 27 de julio de 2000, del antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia recordó una de las definiciones más completas sobre la posición de dominio sobre la base de la jurisprudencia comunitaria³⁸⁷:

“El Tribunal de Justicia Europeo en la conocida sentencia United Brands de 14 de febrero de 1978 ya había dicho que la posición de dominio hace referencia a una situación de potencia económica que da a quien la ostenta la posibilidad de comportamientos independientes en una medida apreciables respecto de sus competidores, de sus clientes y, finalmente, de los consumidores”.

- (394) La existencia de una posición dominante resulta, en general, de la concurrencia de varios factores que, considerados aisladamente, no serían necesariamente determinantes³⁸⁸.

- (395) Como señala la Comunicación de la CE relativa al artículo 102 del TFUE, a la hora de determinar la posición de dominio de una empresa:

*“las cuotas de mercado proporcionan una primera indicación útil para la Comisión en lo que respecta a la estructura del mercado y a la importancia relativa de las distintas empresas activas en el mercado”.*³⁸⁹

- (396) En este sentido, el Tribunal General ha establecido³⁹⁰:

“Así, es jurisprudencia reiterada que las cuotas de mercado muy elevadas constituyen por sí mismas, y salvo circunstancias excepcionales, la prueba de la existencia de una posición dominante. El hecho de tener una cuota de mercado muy alta coloca a la empresa que la posee durante cierto tiempo, por el volumen de producción y de oferta que representa —sin que aquellos que posean cuotas sensiblemente más bajas puedan satisfacer rápidamente la demanda de quienes querrían apartarse de la empresa que tiene la cuota más alta—, en una situación de fuerza que hace que sea inevitable mantener relaciones comerciales con ella y que, por esa mera circunstancia, le proporciona, al menos durante períodos relativamente largos, la independencia de comportamiento característica de la posición dominante.

³⁸⁶ Resolución de la CNC, de 17 de marzo de 2011 (Expediente S/0153/09 Mediapro).

³⁸⁷ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (**TDC**), de 27 de julio de 2000 (expediente 465/99 *Propiedad Intelectual Audiovisual*).

³⁸⁸ Sentencia del TJUE, de 14 de febrero de 1978, *United Brands*, C-27/76, ECLI:EU:C:1978:22 (párrafo 66). A nivel nacional, véase la Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de marzo de 2006, recurso 5468/2003 (Fundamento Jurídico Tercero).

³⁸⁹ Párrafos 13 y 15 de la Comunicación de la CE relativa al artículo 102 del TFUE.

³⁹⁰ Sentencia del TJUE, de 29 de marzo de 2012, *Telefónica*, T-336/07, ECLI:EU:T:2012:172 (párrafos 149 y 150).

Según la jurisprudencia, una cuota de mercado del 50 % conlleva por sí misma, salvo circunstancias excepcionales, una posición dominante (sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1991, AKZO/Comisión, C-62/86, Rec. p. I-3359, apartado 60, y sentencia Imperial Chemical Industries/Comisión, citada en el apartado 148 supra, apartado 256). Asimismo, una cuota de mercado de entre un 70 y un 80 % constituye, por sí sola, un claro indicio de la existencia de una posición dominante (sentencias del Tribunal Hilti/Comisión, citada en el apartado 148 supra, apartado 92; de 30 de septiembre de 2003, Atlantic Container Line y otros/Comisión, T-191/98 y T-212/98 a T-214/98, Rec. p. II-3275, apartado 907, e Imperial Chemical Industries/Comisión, citada en el apartado 148 supra, apartado 257)."

- (397) Por lo tanto, poseer cuotas de mercado muy elevadas de manera sostenida puede constituir, salvo circunstancias excepcionales, la prueba de la existencia de una posición dominante³⁹¹. Esto se puede presumir cuando una empresa tiene de modo sostenido una cuota mercado del 50% o superior³⁹². El hecho de tener una cuota de mercado muy alta puede situar a la empresa que la posee durante cierto tiempo, por el volumen de producción y de oferta que representa (que puede impedir que aquellos que posean cuotas sensiblemente más bajas puedan satisfacer rápidamente la demanda de quienes querrían apartarse de la empresa que tiene la cuota más alta), en una situación de fuerza que hace que sea inevitable mantener relaciones comerciales con ella y que, ya sólo por eso, le proporciona, al menos durante períodos relativamente largos, la independencia de comportamiento característica de la posición dominante³⁹³. En este sentido, la antedicha Comunicación de la CE relativa al artículo 102 del TFUE³⁹⁴ (y jurisprudencia citada en dicha Comunicación) recuerda:

"La experiencia sugiere que cuanto mayor es la cuota de mercado y cuanto mayor es el período de tiempo durante el cual se tiene dicha cuota, más probable es que constituya un indicio preliminar importante de la existencia de una posición dominante y, en ciertas circunstancias, de una conducta abusiva con posibles efectos graves, que justifique una intervención de la Comisión de conformidad con el artículo [102]."

³⁹¹ Sentencia del TJUE, de 13 de febrero de 1979, *Hoffman-La Roche*, C-85/76, ECLI:EU:C:1979:36 (párrafo 41) y, de 23 de octubre de 2003, *Van den Bergh Foods*, T-65/98, ECLI:EU:T:2003:281 (párrafo 154).

³⁹² Sentencia del TJUE, de 3 de julio de 1991, *Akzo*, C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286 (párrafo 60); sentencia del TJUE, de 30 de enero de 2007, *France Télécom*, T-340/03, ECLI:EU:T:2007:22 (párrafo 100); y sentencia del TJUE, de 29 de marzo de 2012, *Telefónica y Telefónica de España*, T-336/07, ECLI:EU:T:2012:172 (párrafo 150).

³⁹³ Sentencia del TJUE, de 13 de febrero de 1979, *Hoffman-La Roche*, C-85/76, ECLI:EU:C:1979:36 (párrafo 41); sentencia del TJUE, de 22 de noviembre de 2001, *AAMS*, T-139/98, ECLI:EU:T:2001:272 (párrafo 51); sentencia del TJUE, de 23 de octubre de 2003, *Van den Bergh Foods*, T-65/98, ECLI:EU:T:2003:281 (párrafo 154); y sentencia del TJUE, de 29 de marzo de 2012, *Telefónica y Telefónica de España*, T-336/07, ECLI:EU:T:2012:172 (párrafo 149).

³⁹⁴ Párrafos 13 y 15 de la Comunicación de la CE relativa al artículo 102 del TFUE.

Sin embargo, por regla general, la Comisión no llegará a una conclusión definitiva sobre la conveniencia o no de intervenir en un asunto sin haber examinado todos los factores que pueden bastar para ejercer una presión sobre la conducta de la empresa.”

- (398) No obstante, la CE también ha señalado que no es el único criterio a tener en cuenta y que deben examinarse las condiciones del mercado de referencia y, en especial, la dinámica del mercado. Así, lo ha precisado el TJUE en los siguientes términos:

“La existencia de una posición dominante es, en general, el resultado de una combinación de diversos factores que, considerados aisladamente, no serían necesariamente decisivos”.³⁹⁵

- (399) Por ello, una cuota de mercado elevada no basta para concluir la existencia de una posición de dominio. Para la evaluación de la posición de dominio, resulta necesario realizar un análisis estructural del mercado y tener en cuenta otros factores determinantes, como la probabilidad de entrada de competidores potenciales o la expansión futura de competidores reales, junto con las barreras de entrada y el poder de negociación de los clientes de la empresa (poder compensatorio de la demanda).³⁹⁶

- (400) El mismo Tribunal de Primera Instancia ha establecido que³⁹⁷.

“A este respecto, ha de tenerse en cuenta que constituye un indicio muy significativo el hecho de que la empresa de que se trate posea cuotas de mercado muy elevadas, así como la comparación entre las cuotas de mercado de la empresa afectada y las de sus competidores inmediatos (sentencia Hoffmann-La Roche/Comisión, citada en el apartado 182 supra, apartados 39 y 48), tanto más cuanto que los competidores inmediatos sólo poseen cuotas marginales (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, United Brands/Comisión, 27/76, Rec. p. 207, apartado 111).”

- (401) Otro factor importante para evaluar la posición de dominio es la existencia de barreras que prevengan y obstaculicen a competidores potenciales o actuales su entrada en el mercado o la expansión de su actividad³⁹⁸. Un ejemplo de estas barreras son las ventajas técnicas y comerciales de las que disfruta un operador,

³⁹⁵ Sentencia del TJUE, de 6 de diciembre de 2012, C-457/10 P *Astrazeneca AB y Astrazeneca plc c. Comisión* ECLI:EU:C:2012:770.

³⁹⁶ Decisión de la CE, de 10 de febrero de 2021, en el caso AT.40394 – ASPEN

³⁹⁷ Sentencia del TJUE, de 17 diciembre de 2003, T-219/99, *British Airways* ECLI:EU:T:2003:343 (párrafo 210).

³⁹⁸ Sentencia del TJUE, de 14 de febrero de 1978, *United Brands*, C-27/76, ECLI:EU:C:1978:22 (párrafos 91 y 122) y Sentencia del TJUE, de 13 de febrero de 1979, C-85/76, *Hoffman-La Roche* (párrafo 48).

como una red implantada de distribución y venta³⁹⁹, economías de escala de las que no puede aprovecharse un operador recién llegado al mercado⁴⁰⁰ y efectos de red que implicarían un coste adicional para la atracción de nuevos clientes⁴⁰¹. Otros ejemplos de barreras de entrada son inversiones de capital excepcionalmente elevadas que los competidores tendrían que igualar⁴⁰².

6.5.2.1.1.2. Aplicación al caso

6.5.2.1.1.2.1. Cuotas de mercado

- (402) De acuerdo con la Tabla 6, la Tabla 7 y la Tabla 8, la cuota de mercado de BOOKING.COM en el mercado de servicios de intermediación de reservas en línea a los hoteles por parte de OTAs en España ha oscilado durante el periodo 2019-2022 entre el 70-90%, a tenor del importe de las comisiones cobradas a los hoteles (las cifras son similares en cuanto al importe de las reservas y al número de reservas canalizadas).
- (403) Además, dichas tablas muestran que:
- la cuota de mercado de BOOKING.COM incluso se reforzó durante la pandemia del coronavirus;
 - la entrada en el mercado de una empresa con músculo financiero como AIRBNB no ha erosionado de modo apreciable la posición de BOOKING.COM en el mercado.
- (404) Como ya se ha señalado en diversas ocasiones, BOOKING.COM gestiona un mercado de dos caras como proveedor de servicios de intermediación en línea tanto a hoteles como a clientes finales. Lo anterior ha llevado, por las características propias de ambos lados de la plataforma, a definir dos mercados de productos de referencia separados, uno para cada lado de la plataforma. Por ello, la cuota de mercado de BOOKING.COM como prestador de servicios de

³⁹⁹ Sentencia del TJUE, de 13 de febrero de 1979, *Hoffman-La Roche*, C-85/76 ECLI:EU:C:1979:36 (párrafo 48).

⁴⁰⁰ Sentencia del TJUE, de 14 de febrero de 1978, *United Brands*, C-27/76, ECLI:EU:C:1978:22 (párrafo 122).

⁴⁰¹ Sentencia del TJUE, de 17 de septiembre de 2007, *Microsoft*, T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289 (párrafo 558).

⁴⁰² Sentencia del TJUE, de 14 de febrero de 1978, *United Brands*, C-27/76, ECLI:EU:C:1978:22 (párrafos 91 y 122).

intermediación en línea se ha calculado tomando en consideración el suministro de tales servicios a los hoteles presentes en dicho mercado de referencia⁴⁰³.

(405) Por lo que refiere al análisis de las cuotas de mercado, BOOKING.COM ha alegado a lo largo del procedimiento lo siguiente:

- la cuota de BOOKING.COM está sobredimensionada al haberse optado por una definición de mercado de producto extremadamente estrecha que incluye únicamente a las OTAs con inventario hotelero propio;
- la indicación de que la cuota de mercado de BOOKING.COM se fortaleció durante la pandemia es contraria a un estudio de HOTREC, que constataría que el canal directo ganó importancia durante la pandemia;
- la observación de que AIRBNB no ha arrebatado mucha cuota a BOOKING.COM se debe a que emplea una definición de mercado indebidamente restrictiva que excluye a los apartamentos;
- de acuerdo con la definición de mercado propuesta por BOOKING.COM en el marco del expediente, su cuota se situaría por debajo del umbral del 50% que permite presumir la existencia de una posición dominante.

(406) Estas alegaciones ya han sido abordadas en el marco del análisis sobre la definición de mercado. Por ello, por evitar caer en reiteraciones excesivas esta Sala se remite a lo señalado en las anteriores secciones:

- respecto a la alegación de incluir en el mercado únicamente a OTAs con inventario hotelero propio, véase la sección 4.2.1.1.5 (en particular en el párrafo (208));
- en relación con la alegación del fortalecimiento del canal directo, véase la sección 4.2.1.1.4 sobre por qué las OTAs constituyen un mercado de producto relevante diferenciado del canal directo;
- por lo que respecta a la alegación de la exclusión de los apartamentos, véase la sección 4.2.1.1.1 (en particular en los párrafos (65) y siguientes) sobre por qué hoteles y alquileres de alojamientos turísticos no forman parte del mismo mercado de producto.

⁴⁰³ Este análisis y cálculo de cuotas es coherente con las conclusiones del AG Sr. Collins de 6 de junio de 2024 en relación con la petición de una decisión prejudicial planteada por el *Rechtbank Amsterdam* (Tribunal de Primera Instancia de Ámsterdam) vinculada a un procedimiento iniciado el 23 de octubre de 2020 por BOOKING.COM por el que solicitó a dicho Tribunal que declarara que sus cláusulas de paridad de precios no infringían el artículo 101 del TFUE (apartado 69).

- (407) En todo caso, cabe indicar que las cuotas son relevantes no solo desde un punto de vista estático (situación actual) sino también desde un punto de vista dinámico. Así, la evolución de estas cuotas en los últimos años (su mantenimiento o reforzamiento independientemente de los cambios en las condiciones del entorno) muestra que dichas cuotas se han mantenido en un nivel muy elevado durante un periodo de tiempo considerable.
- (408) Finalmente, a la luz de (i) las tendencias observadas en cuanto a la estabilidad y nivel elevado de las cuotas⁴⁰⁴ y (ii) la falta de indicios de que estas tendencias se hayan invertido en 2023, esta Sala considera que las cuotas de mercado de BOOKING.COM serán actualmente similares o incluso superiores a las de 2022 (sin existir ninguna razón que justifique un cambio sustancial en las mismas).

6.5.2.1.1.2.2. Barreras a la entrada y expansión

- (409) BOOKING.COM también alega⁴⁰⁵ que han entrado numerosos operadores al mercado y que se espera que el proceso continúe. Destaca a Google como competidor, la competencia potencial de Amazon y Facebook, el crecimiento de Trip.com y Makemytrip y la amenaza de entrada de Tui.
- (410) En relación a estas cuestiones, cabe señalar que:
- GOOGLE no presta servicios de intermediación de reserva a hoteles, sino que es un MSS que provee enlaces a sitios web de terceros, en las que el usuario puede realizar su reserva (véase párrafo (122)), por lo que no forma parte del mismo mercado relevante que BOOKING.COM (véase sección 4.2.1.1.3) y no constituye un competidor directo suyo;
 - respecto a la competencia potencial de empresas como Amazon y Facebook, la Comunicación revisada sobre la definición del mercado relevante⁴⁰⁶ señala que no se tiene en consideración para la definición de los mercados, sino en una fase posterior (véase párrafo (54)). Incluso si fuera preciso tenerla en consideración en esta fase posterior en este caso, cabe valorar los importantes costes y plazos⁴⁰⁷ que comportaría para empresas como Amazon y Facebook pasar a operar en el mercado de las OTAs para servicios de intermediación a hoteles. Es preciso tener en cuenta que grandes plataformas con mayor proximidad sectorial a la actividad de BOOKING.COM como

⁴⁰⁴ No alteradas por competidores ni por la entrada de operadores con músculo financiero como AIRBNB. Tampoco se vieron disminuidas (de hecho, se vieron reforzadas) por circunstancias excepcionales como la pandemia.

⁴⁰⁵ Folios 5654 y 5655.

⁴⁰⁶ Comunicación sobre la definición del mercado relevante, párrafo 24.

⁴⁰⁷ Véase, por ejemplo, la decisión de la CE, de 9 de diciembre de 2019, en el asunto M.9413 *Lactalis / Nuova Castelli*, DO C 193 de 9.6.2020, párrafos 47 y 48.

AIRBNB han intentado una entrada en el mercado donde BOOKING.COM está presente y no han logrado consolidar una posición competitiva (véase párrafo (403));

- respecto al crecimiento de Trip.com, cabe evidenciar el peso reducido de este operador, analizado previamente (sección 4.4.1);
- respecto a MyTrip.com, BOOKING.COM no acredita que MyTrip.com preste directamente servicios de intermediación de reservas en línea a hoteles situados en España y, en caso de hacerlo, la evidencia reunida en el expediente muestra que no es un operador relevante para los hoteles situados en España, por lo que su peso en el mercado sería, en todo caso, reducido y no alteraría en lo sustancial el análisis de la posición de dominio de BOOKING.COM durante el periodo investigado;
- finalmente, en relación con la transición de TUI hacia un modelo de OTA, esta Sala se remite a lo señalado en la sección 4.2.1.1.2. por lo que se refiere a la diferenciación de la distribución física frente a la distribución en línea y, en particular, en relación con las cuantiosas inversiones que son necesarias para efectuar una transición hacia el modelo de OTA (véase párrafo (105)). En este sentido, TUI, como cualquier otro operador similar, se enfrentará a las considerables barreras de entrada que se analizan a continuación para poder hacerse un hueco en la prestación de servicios de intermediación de reservas en línea a hoteles.

(411) **Por todo ello las alegaciones de BOOKING.COM sobre el crecimiento de competidores no pueden acogerse.**

(412) A continuación, se desgranán las **principales características del mercado de servicios de intermediación de reservas en línea a hoteles, por parte de OTAs**, que determinan la existencia de importantes barreras a la entrada y a la expansión en el mismo.

(413) Estos factores tienen como efecto limitar la capacidad de los competidores de BOOKING.COM (actuales y potenciales) para hacer frente a la independencia de comportamiento de este operador en el mercado. De esta manera, se reduce la presión competitiva a la que están sometidas las empresas ya presentes en el mercado y, de modo especial, BOOKING.COM, que ve fortalecida su presencia en el mercado con el paso del tiempo⁴⁰⁸.

⁴⁰⁸ Véase en este sentido, en aplicación del TFUE, la Decisión 15-D-06 de la autoridad francesa de competencia, de 21 de abril de 2015, en el asunto BOOKING.COM (párrafo 112 y siguientes).

6.5.2.1.1.2.2.1. Efectos de red indirectos

- (414) Al operar una plataforma (como es el caso de BOOKING.COM, vid. párrafo (57)), los operadores en el mercado se ven influidos por los efectos de red indirectos:
- un mayor número de hoteles en la plataforma hace más atractivo su uso para un consumidor,
 - mientras que un mayor número de consumidores que la consulten hacen más atractiva la plataforma para un hotel.
- (415) Esta característica conduce a que los mercados donde se producen estos efectos de red tiendan a una mayor concentración que en ausencia de ellos y a que un entrante deba alcanzar una determinada cuota de mercado (masa crítica) para que dichos efectos puedan entrar en juego y que un operador pueda hacerse hueco en el mercado atrayendo hoteles y consumidores⁴⁰⁹.
- (416) Al ser BOOKING.COM la empresa con una mayor cuota de mercado es la que claramente más se beneficia de estos efectos de red, fortaleciendo su preminencia en el mercado de servicios de intermediación de reservas en línea a hoteles *ceteris paribus*.
- (417) En este sentido, vistas las cuotas de BOOKING.COM, tanto por el importe de las transacciones intermediadas como por el número de las reservas hoteleras intermediadas (véanse la Tabla 7 y la Tabla 8), cabe observar claramente cómo es la OTA que atrae, con mucha diferencia respecto al resto, un mayor número de consumidores en España. Ello convierte a BOOKING.COM en la plataforma más atractiva para los hoteles (ya que es donde más visitas y potenciales reservas van a poder conseguir). Este hecho se ve confirmado por la cuota de mercado de BOOKING.COM medida por el importe de las comisiones percibidas entre las OTAs, abonadas por hoteles ubicados en España (véase la Tabla 6), que sigue siendo la más alta y con mucha diferencia respecto al resto de OTAs (es la plataforma que más ingresos obtiene de los hoteles). Lo anterior refuerza el atractivo de la plataforma BOOKING.COM para los consumidores, pues es donde mayor oferta de hoteles van a poder encontrar. Ambos elementos se retroalimentan, consolidando la posición de BOOKING.COM en el mercado y dificultando la entrada o expansión de otros operadores (como demuestra el análisis dinámico de las cuotas de mercado).

⁴⁰⁹ Véase en este sentido, en aplicación del TFUE, la Decisión 15-D-06 de la autoridad francesa de competencia, de 21 de abril de 2015, en el asunto BOOKING.COM (párrafo 112).

- (418) BOOKING.COM reitera en sus alegaciones a la PR⁴¹⁰ que el mercado no se caracteriza por fuertes efectos de red indirectos, por dos motivos:
- En este mercado, debido a la prevalencia del *multihoming*, los efectos indirectos de red no conducen a un debilitamiento de la restricción impuesta a BOOKING.COM por otros proveedores.
 - El Tribunal General de la UE habría considerado que los bajos costes de cambio y el *multihoming* atenúan los efectos de red⁴¹¹.
- (419) A juicio de esta Sala, estas alegaciones son inconsistentes porque en la primera alegación parece señalarse que los efectos de red no existen por el mero hecho de que los usuarios y los hoteles usan más de una plataforma (*los efectos de red indirectos sólo pueden existir si los usuarios de al menos uno de los lados de la plataforma no realiza multihoming*); mientras en la segunda alegación se señala que los efectos de red se atenúan, sugiriendo, por tanto, que sí existen los efectos de red (*los tribunales europeos han considerado que los bajos costes de cambio y el multihoming son un importante factor atenuante de los efectos de red*).
- (420) Esta Sala coincide con la DC en considerar que existen efectos de red en este sector (véase párrafo (57)), aun cuando los usuarios de ambos lados (consumidores finales y hoteles) usen en algunos casos más de una plataforma (hagan *multihoming*), por lo que la primera alegación tal cual está formulada no puede acogerse. Como se señala anteriormente (párrafo (57)), la propia BOOKING.COM reconoce que opera en un mercado de dos caras con efectos de red⁴¹²:
- [CONFIDENCIAL]**
- (421) La CE ha señalado recientemente en su decisión de prohibición de la adquisición de eTraveli por parte de BOOKING.COM (M.10615) que BOOKING.COM se beneficia de efectos de red porque su significativa base de hoteles adheridos le permite atraer a más usuarios⁴¹³:

⁴¹⁰ Párrafos 143 a 144 de las alegaciones de BOOKING.COM al PCH (folios 5559 a 5560 – versión no confidencial folios 5651 a 5652-) y 116 y siguientes de las a la PR (folios 7009 y siguientes).

⁴¹¹ Sentencia del Tribunal General (Sala Cuarta) Cisco Systems y Messagenet, T-79/12, ECLI:EU:T:2013:635, párrafo 81.

⁴¹² Folio 335.

⁴¹³ Nota de prensa de dicha Decisión de la CE, de 25 de septiembre de 2023, en el asunto M.10615 *Booking Holdings / Etraveli Group*.

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_23_4573

“Booking se beneficia de los efectos de red, ya que ha desarrollado una escala significativa en su oferta hotelera que, a su vez, atrae a un número aún mayor de consumidores” (traducción propia).

- (422) En otros casos, como en la decisión Google Search (Shopping)⁴¹⁴ asimilable sobre este aspecto al analizado en la presente resolución, la CE también ha recordado el hecho de que existan menores costes de cambio y se usen varias plataformas (*multihoming*) no implica que los efectos de red no sigan existiendo como barrera de entrada:

“Incluso si un número significativo de usuarios [...] optara por el uso simultáneo de varias plataformas (multihoming), los costes de cambio son, en cualquier caso, sólo un posible tipo de barrera a la entrada y la expansión. Las barreras a la entrada y a la expansión también pueden derivar, por ejemplo, de la necesidad de grandes inversiones o de efectos de red” (traducción propia)

- (423) Respecto a la segunda alegación, es cierto que el uso de varias plataformas (*multihoming*) y los reducidos costes de cambio puedan llegar a atenuar los efectos de red en ciertos contextos. Al respecto, el informe “*Competition policy for the digital era*” encargado por la CE, por ejemplo, señala lo siguiente:

“Externalidades de red. La conveniencia de utilizar una tecnología o un servicio aumenta con el número de usuarios que la adoptan. El tamaño de esta “ventaja del primer operador” depende de una serie de factores, incluida la posibilidad de uso simultáneo de varias plataformas (multihoming), portabilidad de datos e interoperabilidad de datos.

[...]

En los mercados donde las externalidades de red y los rendimientos de escala son fuertes, y especialmente en ausencia de uso simultáneo de varias plataformas (multihoming), interoperabilidad de protocolos y datos o diferenciación, podría haber espacio en el mercado solo para un número limitado de plataformas.

La revisión de las características a continuación se centra en los rendimientos crecientes a escala, las externalidades de red y los datos. Un análisis completo incluiría más factores, en particular los costes de cambio”. (traducción propia) (énfasis añadido)⁴¹⁵

- (424) No obstante, el hecho de que el uso simultáneo de varias plataformas (*multihoming*) y los menores costes de cambio puedan llegar a atenuar los

⁴¹⁴ Decisión de la CE, de 27 de junio de 2017, en el asunto AT.39.740 *Google Search (Shopping)*, DO C 9 de 12.1.2018, p. 11/14, párrafo 314

⁴¹⁵ Páginas 2, 5 y 19 del informe “*Competition policy for the digital era*”, disponible en <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>

efectos de red en ciertos contextos no implica que los efectos de red no sigan siendo una relevante barrera de entrada.

- (425) La CE ha señalado recientemente en su decisión de prohibición de la adquisición de eTraveli por parte de BOOKING.COM (M.10615) que un aumento del tráfico y de las ventas de BOOKING.COM habría reforzado los efectos de red y aumentado las barreras de entrada y expansión, haciendo difícil para otras OTAs adquirir una base suficiente de clientes como para competir de forma relevante⁴¹⁶:

“Al aumentar el tráfico y las ventas a través de las plataformas de Booking, la transacción habría reforzado los efectos de red y aumentado las barreras de entrada y expansión, dificultando que las OTA competidoras desarrollen una base de clientes capaz de respaldar un negocio de OTA hotelero. Es posible que las OTA que actualmente están en camino de convertirse en competidores de pleno derecho no puedan hacerlo si la transacción sigue adelante” (traducción propia).

- (426) Es decir, que la CE ha considerado recientemente que cuanto mayores son las ventas concentradas en una OTA, mayores son las barreras de entrada y expansión, sin que el uso de varias plataformas (*multihoming*) ni los reducidos costes de cambio sean factores mitigantes en este contexto jurídico-económico.

- (427) Procede también citar el literal del párrafo 81 de la sentencia del Tribunal General de la UE en el asunto T-79/12 *Cisco Systems Inc y Messagenet SpA*, citado por BOOKING.COM como apoyo a su alegación sobre los efectos de red:

“En contra de las afirmaciones no sustentadas de las demandantes, la Comisión expuso en la Decisión impugnada indicaciones concretas de la existencia de ese fenómeno de conexión múltiple. En efecto, la Comisión no hizo únicamente referencia a esa coexistencia entre WLM y Skype antes de la concentración. El informe citado en la nota a pie de página nº 52 de la Decisión impugnada menciona varios ejemplos de uso múltiple en los que concurren Skype y proveedores alternativos como Yahoo!, AIM y Gmail. Además, el considerando 93 de la Decisión impugnada, cuyo contenido no refutan las demandantes, señala la reciente llegada de competidores como Facebook, Viber, Fring y Tango, lo que tiende a demostrar que los efectos de red no obstaculizan, en cualquier caso, el acceso al mercado.”

- (428) Como se desprende de su lectura, dicho párrafo simplemente constata que la CE sí ha recogido el fenómeno de uso o conexión múltiple (*multihoming*) y que se ha producido entrada en el mercado, sin efectuar ningún nexo causal. Acaba

⁴¹⁶ Nota de prensa de dicha Decisión de la CE, de 25 de septiembre de 2023, en el asunto M.10615 *Booking Holdings / Etraveli Group*, disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_23_4573

concluyendo el tribunal que los efectos de red no obstaculizan, en cualquier caso, el acceso al mercado.

- (429) Esta conclusión es consistente con la anterior (véase párrafo (422)) de que los efectos de red pueden llegar a atenuarse en función de ciertos factores del contexto jurídico y económico (si bien esos factores atenuantes no tienen entidad suficiente en el caso de la posición competitiva de BOOKING.COM, tal y como se muestra en el párrafo (425)).
- (430) En este sentido conviene apreciar el contexto jurídico y económico que recalca el Tribunal General en dicho asunto *T-79/12 Cisco Systems Inc y Messagenet SpA*, en concreto en el párrafo 76:

“Se ha de observar de entrada que la existencia de efectos de red no confiere necesariamente una ventaja competitiva a la nueva entidad. En efecto, en los segmentos del mercado de las comunicaciones de particulares distintas de las videollamadas a partir de PC que funcionan con Windows, los operadores competidores tienen cuotas de mercado lo bastante importantes para constituir otras redes. De los considerandos 103 a 105 de la Decisión impugnada, cuyo contenido no refutan las demandantes, resulta que la red de usuarios de mensajes instantáneos de Facebook es más importante que la de la entidad nacida de la concentración. Asimismo, de los considerandos 106 a 108 de la Decisión impugnada, cuyo contenido tampoco rebaten las demandantes, se deduce que probablemente la concentración no alteraría la situación existente en el segmento de las llamadas de voz, ya que la cuota de mercado de WLM en él es muy pequeña.” (énfasis añadido)

- (431) Lo que señala el Tribunal es que los competidores tienen cuotas importantes o incluso superiores a las de la entidad que se está analizando en el asunto T-79/12, correspondiente a la concentración M.6281 *Microsoft/Skype* (donde WLM es el producto Windows Live Messenger de Microsoft). Es decir, que en el caso analizado en el asunto T-79/12 los competidores tenían el potencial de beneficiarse en medida similar o superior de las externalidades de red al tener una cuota comparable o mayor.
- (432) El contexto jurídico-económico que se da en el presente caso con BOOKING.COM es muy diferente, pues sus competidores no tienen una cuota en absoluto comparable y carecen del mismo potencial de beneficiarse de las externalidades de red (véase párrafo (417)).
- (433) En conclusión, los efectos de red son, en cualquier caso, una barrera de entrada muy relevante. El ya citado informe “*Competition policy for the digital era*” señala que la adquisición de una masa crítica de usuarios es fundamental para generar efectos de red:

“En esencia, el éxito de cualquier intento de desafiar a un operador muy establecido dependerá de la capacidad de un rival potencial para atraer una masa crítica de

usuarios y generar así sus propios efectos positivos de red” (traducción propia) (énfasis añadido)⁴¹⁷

- (434) Y dicho informe apunta que es difícil arrastrar en masa usuarios de una plataforma a otra incluso, aunque los costes de cambio sean aparentemente bajos a nivel individual

“Los beneficios de las externalidades de red para una plataforma establecida se deben a la dificultad para los usuarios de coordinar la migración a una nueva plataforma. De hecho, incluso si todos los usuarios estuvieran en una mejor situación si migraran en masa a una nueva plataforma, no necesariamente tendrían un incentivo individual para migrar a la nueva plataforma; el hecho de que decidieran hacerlo o no depende de sus expectativas de que los otros usuarios les sigan” (traducción propia) (énfasis añadido)⁴¹⁸

- (435) E incluso admitiendo un efecto atenuante del uso de varias plataformas (*multihoming*) y los menores costes de cambio en los efectos de red, no cabe concluir que estos factores apliquen necesariamente a las OTAs en este contexto jurídico-económico de enorme concentración en BOOKING.COM.
- (436) A nivel de los usuarios finales, el operar simultáneamente en distintas OTAs conlleva unos costes de gestión que conducen al consumidor a privilegiar el uso BOOKING.COM por encima de otras OTAs, al tratarse de la plataforma que cuenta con un mayor número de hoteles y por su reconocimiento de marca. E incluso, aunque no haya aparentes costes de cambios, el consumidor puede estar sometido a inercias que le lleven a mantener el uso exclusivo de BOOKING.COM, tal y como constatan informes en materia de política de competencia.⁴¹⁹
- (437) Por lo que respecta a los hoteles, si el *multihoming* anulara tan fácilmente los efectos de red, tal y como sostiene BOOKING.COM, lo que se observaría en la práctica es que el inventario de hoteles sería el mismo en las distintas OTAs. Sin embargo, no es el caso, dadas las diferencias en la profundidad del catálogo de hoteles existentes entre las distintas OTAs. Estas diferencias en el catálogo de

⁴¹⁷ Página 5 del informe “*Competition policy for the digital era*”, disponible en <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>

⁴¹⁸ Página 22 del informe “*Competition policy for the digital era*”, disponible en <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>

⁴¹⁹ Páginas 4 y 69 del informe “*Competition policy for the digital era*”, disponible en <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>
Página 9 del informe de la OCDE “*Integrating Cosumer Behaviour Insights in Competition Enforcement*”, disponible en <https://www.oecd.org/daf/competition/integrating-consumer-behaviour-insights-in-competition-enforcement-2022.pdf>

hoteles entre las distintas OTAs se explican, en parte, por la existencia de costes de gestión para los hoteles a la hora de aparecer en más de una OTA (especialmente, para los hoteles pequeños o independientes), lo cual conduce a que estos centren sus esfuerzos en contratar un número reducido de OTAs y, en particular, aquellas que garantizan un público objetivo más amplio y, por tanto, un mayor número potencial de reservas.

- (438) Las inercias de usuarios finales y comerciales generan, además, importantes barreras de entrada y que las empresas se enfrenten a menor presión competitiva, tal y como recalca el informe de la OCDE “*Integrating Consumer Behaviour Insights in Competition Enforcement*”⁴²⁰.
- (439) Por otro lado, resulta incontrovertido que el sector exhibe economías de escala y que BOOKING.COM es el operador que más se beneficia de ellas. Las economías de escala se definen como un coste medio decreciente con el nivel de producción. Dicho nivel de producción no puede definirse, como hace BOOKING.COM, en función del acceso a una base de usuarios, sino por el número transacciones producidas (es decir, de nada sirve tener una base de usuarios que no realizan las transacciones, pues ello no genera ingresos que permitan amortizar los costes fijos). En este sentido, se aprecia que el nivel de producción de BOOKING.COM es mucho mayor que el de sus competidores en términos del número de reservas intermediadas (Tabla 8) e ingresos (Tabla 6) en un sector con reducidos costes variables. Por ello, incrementar las ventas tiene un impacto leve en los costes totales, reduciéndose el coste medio a medida que aumenta el número de transacciones.
- (440) **Por todo ello no cabe acoger las alegaciones de BOOKING.COM sobre la insuficiente relevancia de los efectos de red indirectos.**

6.5.2.1.1.2.2.2. El papel de los datos generados en la plataforma y su interacción con los efectos de red

- (441) Los efectos de red en mercados digitales quedan amplificados por el papel de los datos.
- (442) El uso y análisis de los datos generados por hoteles y principalmente consumidores en la plataforma permite a ésta ofrecer mejores servicios tanto a unos como a otros. Concretamente, al aumentar su base de usuarios, la plataforma aumenta su grado de conocimiento sobre los mismos, permitiendo

⁴²⁰ Página 9 del informe de la OCDE “*Integrating Consumer Behaviour Insights in Competition Enforcement*”, disponible en <https://www.oecd.org/daf/competition/integrating-consumer-behaviour-insights-in-competition-enforcement-2022.pdf>

mejorar los algoritmos de recomendación y la casación de transacciones. Esto aumenta el atractivo para los hoteles y hace que los usuarios permanezcan más ligados a la plataforma que mejor los conoce⁴²¹. Además, ello genera información sobre el mercado más completa, que le permite explotar las oportunidades de negocio mejor que un operador que tiene un menor tráfico de datos (por ejemplo, detectando demanda de destinos no satisfecha a la que responder).

- (443) La amplia base de clientes y la naturaleza digital de las OTAs, con la disponibilidad a datos, implica que las OTAs tienen un conocimiento muy bueno del sector y de los consumidores, como subrayan algunos artículos académicos⁴²². Dentro de las OTAs, BOOKING.COM es claramente líder en datos y conocimiento sobre las preferencias de usuarios, pues cada año acumula muchos más datos y transacciones que sus competidores. Dadas las economías de escala estáticas y las economías de aprendizaje (economías de escala dinámicas) asociadas al *big data*, esto crea un efecto de retroalimentación y la posición de BOOKING.COM deviene menos contestable.
- (444) BOOKING.COM alega⁴²³ que no tiene la ventaja del primer entrante (*first-mover*) porque no cumple con una de las tres condiciones que lo posibilitarían:
- una ventaja tecnológica no replicable, [CONFIDENCIAL].
 - el control de recursos escasos, [CONFIDENCIAL].
 - altos costes de cambio, [CONFIDENCIAL].
- (445) Esta Sala coincide con el análisis llevado a cabo por la DC. En primer lugar, la ventaja del “*primer entrante*” no se aplica de forma literal a la primera empresa que ha entrado en el mercado, sino que se aplica a la empresa que, en primer lugar, ha logrado consolidar una cuota de mercado muy relevante y diferenciada de competidores. Es el caso de BOOKING.COM en el mercado analizado en este expediente.

⁴²¹ Estudio de la CNMC, de 7 de julio de 2019, sobre las condiciones de competencia en el sector de la publicidad online en España (página 38, nota al pie 60, página 116, nota al pie 240), disponible en <https://www.cnmc.es/expedientes/ecnmc00219>

⁴²² Falk, E., & Anderson, C. (2020). *Key Hotel Distribution Channels*, en *Hospitality Revenue Management: Concepts and Practices*, 85.

Raab, C., Berezan, O., Christodoulidou, N., Jiang, L., & Shoemaker, S. (2018). *Creating strategic relationships with online travel agents to drive hotel room revenue: An OTA perspective*. *Journal of Hospitality and Tourism Technology*.

⁴²³ Párrafo 149 y 152 de las alegaciones de BOOKING.COM al PCH (folio 5561 -versión no confidencial 5652-5653-) y 117 y siguientes de las alegaciones a la PR (folios 7010 y siguientes).

- (446) En este caso se estima que los dos primeros factores que cita BOOKING.COM no son aplicables a mercados de base digital como lo es el mercado donde opera BOOKING.COM. En los mercados digitales, la ventaja del primer entrante interactúa con factores como los efectos de red para generar barreras de entrada, como señala la CE en la decisión Google Search (Shopping):

“La ventaja del primer entrante unida a la existencia de efectos de red indirectos a ambos lados del mercado de dos lados [...] crea una barrera de entrada adicional.”
(traducción propia)⁴²⁴

- (447) El ya citado informe “*Competition policy for the digital era*” añade a los efectos de red la relevancia de los datos (como se anticipaba en los párrafos (441) a (443)):

“Deseamos enfatizar que las preocupaciones de competencia delineadas más abajo están relacionadas con un conjunto de circunstancias claramente circunscrito: surgen, y se limitan a, un contexto de mercado caracterizado por un elevado grado de concentración y altas barreras de entrada, resultantes, inter alia, de fuertes efectos de red positivos, que posiblemente se ven reforzados por bucles de retroalimentación alimentados por los datos.” (traducción propia) (énfasis añadido)⁴²⁵

- (448) Finalmente, respecto al tercer factor citado por BOOKING.COM ya se ha señalado anteriormente (en párrafos (424) y siguientes) que las ventajas del primer entrante y las barreras de entrada persisten incluso aunque los costes de cambio sean bajos y exista uso simultáneo de plataformas (*multihoming*)
- (449) **Por todo ello no pueden acogerse las alegaciones de BOOKING.COM de que no dispone de la ventaja del “primer entrante”.**

6.5.2.1.1.2.2.3. Costes fijos elevados en materia de marketing para operar en el mercado y ventajas para los operadores que han llegado primero

- (450) Los principales operadores del mercado invierten elevadas sumas en marketing que destinan principalmente a dos tipos de publicidad:
- publicidad relacionada con el desarrollo de una imagen de marca, lo cual otorga una mayor visibilidad ante consumidores y hoteles, y

⁴²⁴ Decisión de la CE, de 27 de junio de 2017, en el asunto AT.39.740 *Google Search (Shopping)*, DO C 9 de 12.1.2018, p. 11/14, párrafo 314

⁴²⁵ Páginas 112 de dicho informe “*Competition policy for the digital era*”, disponible en <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>

- publicidad en línea relacionada con búsquedas en Internet (primordialmente Google), la cual actúa como un potente generador de reservas⁴²⁶.

- (451) Así, de acuerdo con estimaciones del mercado, BOOKING.COM gastó en 2021 el 43% de sus ingresos⁴²⁷ (y EXPEDIA el 60%) en este concepto. El gasto anual en marketing de BOOKING.COM⁴²⁸ ha pasado de 5.000 millones de dólares en 2019 a 6.000 millones de dólares en 2022 (en 2020 y 2021 totalizó respectivamente 2.200 y 3.800 millones de dólares, afectado probablemente por la pandemia).
- (452) El Estudio de Mercado de la CE recoge que [**CONFIDENCIAL**] dedicó en 2019 a publicidad en línea relacionada con búsquedas en Internet (Google Ads) alrededor del 10-20% (en concreto, un [**CONFIDENCIAL**]%) de los ingresos que obtuvo por la intermediación de hoteles situados en la UE, muy por encima de lo que invirtieron las cadenas hoteleras (véase el párrafo (140)).⁴²⁹ Asimismo, la Tabla 5 muestra la relevancia de la publicidad en Google de las OTAs.
- (453) Por lo tanto, un entrante en el mercado tendría que incurrir en unos elevados gastos de publicidad para ganar notoriedad en el mismo y contrarrestar la publicidad de los dos principales operadores del mercado.
- (454) Esta inversión en gastos de publicidad tiene la naturaleza de costes fijos que no se pueden recuperar en caso de que el entrante quiera salir del mercado.
- (455) Los costes fijos en materia de marketing suponen una barrera de entrada muy relevante porque la inversión en publicidad tiene características de flujo, mientras que la imagen de marca (visibilidad, conocimiento del consumidor, etc.) tiene características de nivel⁴³⁰ (*stock*). Por tanto, una empresa como BOOKING.COM, que es la líder del mercado en reconocimiento, tiene necesidad de invertir relativamente menos en flujo anual de publicidad, para mantener ese mismo nivel de reconocimiento, que lo que tendría que invertir para alcanzar dicho nivel de reconocimiento una empresa que partiera de un nivel inferior. Al mismo tiempo,

⁴²⁶ Véanse las cuentas anuales de Booking Holdings, Inc. en 2022, página 41, disponibles en https://s201.q4cdn.com/865305287/files/doc_financials/2021/ar/2021-Annual-Report-booking.pdf

⁴²⁷ Según artículo del *Financial Times*, de 3 de junio de 2022 (folios 4642 a 4644).

⁴²⁸ Información extraída de las cuentas anuales de Booking Holdings, Inc. en 2022 y 2023, disponibles en https://s201.q4cdn.com/865305287/files/doc_financials/2021/ar/2021-Annual-Report-booking.pdf https://s201.q4cdn.com/865305287/files/doc_financials/2022/q4/5704910b-d65d-4528-a869-e1e1216a1f8b.pdf

⁴²⁹ Página 50 del Estudio de Mercado de la CE.

⁴³⁰ Véase Nerlove, M. y Arrow, K.J. (1962): “*Optimal advertising policy under dynamic conditions*”. *Economica New Series*, Vol. 29, No. 114 pp. 129-142.

BOOKING.COM (como líder del mercado) tiene mayores recursos que sus competidores (véase la Tabla 6), con lo que puede invertir más en términos absolutos (véase la Tabla 5) e impactar más en la visibilidad con un menor coste en términos relativos (destinando un menor porcentaje de sus ingresos, véase el párrafo (451)).

- (456) BOOKING.COM alega⁴³¹ que el hecho de que los competidores gasten más dinero en publicidad demuestra que la publicidad no es el principal motor de las reservas, sino la calidad de la OTA, y que las campañas publicitarias son sólo una forma de generar tráfico hacia la OTA.
- (457) Sin embargo, como se señala en la presente resolución (véase párrafo (451) y siguientes) BOOKING.COM puede gastar lo mismo o más que sus competidores en términos absolutos con un menor esfuerzo en términos relativos (como porcentaje de la cifra de negocios). Además, el hecho de tener ya una imagen de marca consolidada hace que necesite menos flujo de inversión anual para mantener su posición de nivel de conocimiento del consumidor en comparación con otros operadores que deseen expandirse (párrafo (455)). Si bien es cierto que la publicidad no es la única forma de generar tráfico hacia la OTA, lo cierto es que BOOKING.COM ya tiene una posición preponderante en el mercado gracias a factores como las externalidades de red (sección 6.5.2.1.1.2.2.1) y el conocimiento basado en el análisis de datos (sección 6.5.2.1.1.2.2.2), por lo que es innegable que la inversión en publicidad ayuda a cimentar dicha posición y a reforzar las barreras de entrada.
- (458) **Por todo ello no pueden acogerse las alegaciones de BOOKING.COM sobre la irrelevancia de la publicidad.**
- (459) Asimismo, los mercados digitales pueden exacerbar la barrera de entrada que supone la inversión en publicidad. El gasto que destinan los mayores operadores a mejorar su visibilidad en Google y en los metabuscadores de búsqueda les permite aparecer siempre en las primeras posiciones⁴³², creando una inercia en los consumidores que les aseguras más clics y aumenta su reconocimiento y su relevancia para los algoritmos, creando de nuevo efectos de retroalimentación.
- (460) A estos costes de marketing y publicidad, cabe sumar aquellos derivados de la necesidad de contar con un servicio global de soporte técnico y mantenimiento de suficiente calidad según los estándares demandados por los clientes. Así, por ejemplo, en el párrafo (211), se han puesto de manifiesto los destacables

⁴³¹ Folio 5653.

⁴³² Véase en este sentido, en aplicación del TFUE, la decisión 15-D-06 de la autoridad francesa de competencia, de 21 de abril de 2015, en el asunto BOOKING.COM (párrafo 113).

equipos humanos con los que cuentan las principales OTAs del mercado (BOOKING.COM y EXPEDIA) para mantener la relación comercial con los hoteles, así como para tratar de incorporar nuevos hoteles.

- (461) Como resultado de lo anterior, resulta muy complicado que un nuevo entrante consiga rentabilizar su inversión en este capítulo con relativa prontitud, pues debe alcanzar elevados volúmenes de ventas para ello.
- (462) BOOKING.COM alega⁴³³ que es posible que una OTA aparezca en un lugar destacado de la página de resultados de búsqueda sin realizar gasto alguno en publicidad en Google. Añade BOOKING.COM que las OTAs tienen menores costes de acceso y de comercialización que una agencia física.
- (463) Al respecto, cabe remitirse a lo ya señalado en la presente resolución sobre los resultados gratuitos de Google y su menor atractivo frente a la publicidad emplazada dentro de Google (párrafo (143) y siguientes). Además, es preciso tener en cuenta que los niveles de inversión en publicidad que realizan las principales OTAs y, en particular, BOOKING.COM (véase Tabla 5) hacen inviable que otras OTAs más pequeñas puedan competir contra BOOKING en posicionamiento en internet.
- (464) En cuanto a la alegación de BOOKING.COM según la cual existen menores costes de inversión en activos físicos que en un negocio digital, cabe señalar que ello no implica que no existan relevantes barreras de entrada de otra índole, no solo en términos de recursos humanos y económicos (párrafo (460)) e inversión en publicidad (párrafo (450) y siguientes), sino también por economías de escala, aprendizaje y red (secciones 6.5.2.1.1.2.2.1 y 6.5.2.1.1.2.2.2).
- (465) **Por todo ello las alegaciones de BOOKING.COM sobre la irrelevancia de la publicidad en Google no pueden acogerse.**

6.5.2.1.1.3. Limitado poder compensador de la demanda

- (466) No cabe apreciar la existencia de poder compensador por parte de demanda que limite la posición de dominio de BOOKING.COM, dado el carácter atomizado de la demanda compuesta por los hoteles situados en España:
- de acuerdo con el INE, en junio de 2023, el número de establecimientos abiertos estimados ascendía a 16.193;⁴³⁴

⁴³³ Párrafos 151 y 153 de las alegaciones de BOOKING.COM al PCH (versión no confidencial folio 5653) y 119 de las alegaciones a la PR (folio 7011).

⁴³⁴ De acuerdo con la información disponible en <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=2011&L=0>

- en el caso español se encuentran más extendidos los hoteles pequeños e independientes (a diferencia de otros países, como EE.UU., donde tienen una mayor implantación las grandes cadenas hoteleras como Hilton o Marriott);
- el empleo de las OTAs como canal de distribución es más prevalente entre los hoteles independientes, a tenor de los datos del estudio de *Oxford Economics*, el cual recoge que, en el año 2021, el 72% del total de reservas a través de OTAs (en valor) tuvo lugar en alojamientos independientes, frente a solo el 57% que supusieron las reservas de alojamientos independientes en el conjunto del mercado (véase párrafo (157) y también (212) y (236) a (242)).⁴³⁵

- (467) BOOKING.COM alega⁴³⁶ que no se puede comportar de modo independiente de su demanda, ya que España cuenta con cadenas hoteleras que figuran entre las más importantes del mundo y con importantes grupos turísticos verticalmente integrados (que pueden redirigir a los clientes a sus hoteles sin necesidad de OTAs). Añade, además, que la mayoría de los hoteles pueden cambiar fácilmente a la comercialización por su canal directo.
- (468) Al respecto, esta Sala estima que el grado de atomización de los hoteles que demandan los servicios de BOOKING.COM es muy grande en comparación con la cuota de mercado que ostenta BOOKING.COM (del 70-90%, véanse secciones del 4.4.1 y 6.5.2.1.1.2.1). Respecto a la presión competitiva que ejerce la posibilidad de cambio de los hoteles al canal directo, esta presión sería limitada, al constituir las OTAs un mercado de producto relevante diferenciado del canal directo (véase sección 4.2.1.1.4. de la presente resolución).
- (469) En cualquier caso, como es bien sabido, para poder aceptar que el poder de la demanda compense la posición en el mercado de una empresa, no es suficiente con que dicho poder abarque un limitado segmento de clientes, tal y como se recoge en la Comunicación de la CE relativa al artículo 102 del TFUE en su párrafo 18. En el presente caso, no solo BOOKING.COM no cuantifica el porcentaje de la demanda que podría ejercer un poder compensador, sino que la evidencia muestra (párrafo (466)) que el parque hotelero español está compuesto mayoritariamente por hoteles pequeños e independientes y que el empleo de las OTAs como canal de distribución se encuentra más extendido entre los hoteles independientes.
- (470) **Por todo ello no pueden acogerse las alegaciones de BOOKING.COM de que no se puede comportar de modo independiente de su demanda.**

⁴³⁵ Página 101 del citado estudio.

⁴³⁶ Párrafo 154 de las alegaciones de BOOKING.COM al PCH (folio 5562 -versión no confidencial folios 5653 y 5654-) y 120 de sus alegaciones a la PR (folio 7011 y siguientes).

6.5.2.1.1.4. Otras alegaciones de BOOKING sobre la inexistencia de posición de dominio

- (471) BOOKING.COM alega al PCH⁴³⁷ que la existencia del programa BSB (donde BOOKING.COM financia la reducción del precio del hotel de su propia comisión y el alojamiento sigue recibiendo el precio original) es una prueba clara de que [CONFIDENCIAL], lo cual contradice la conclusión de que BOOKING.COM es dominante.
- (472) Esta Sala coincide con el órgano instructor en que dicha alegación no puede acogerse. Como se analiza más adelante en la presente resolución (véase sección 6.5.2.1.2.2.1.1.3), es preciso tener en cuenta que el BSB solo se ofrece a unos clientes concretos en base a los criterios de búsqueda que han introducido (vid. hecho acreditado 5.3). Por definición, el programa BSB se pone en práctica cuando BOOKING.COM detecta precios del hotel que ya son más baratos fuera de BOOKING.COM, por lo que no está claro que BOOKING.COM esté compitiendo en beneficio del consumidor (si de hecho el consumidor ya estaba accediendo a esos menores precios).
- (473) BOOKING.COM podría unilateralmente rebajar su comisión de manera generalizada y no selectiva, **[CONFIDENCIAL WEB]**, si quisiera competir de forma más agresiva, con el ánimo de que los hoteles trasladasen total o parcialmente ese menor coste de intermediación al precio final en función de su libre criterio (sin que BOOKING.COM modifique unilateralmente el precio final fijado por el hotel). BOOKING.COM sería el operador que mejor podría afrontar una rebaja generalizada de las comisiones. Al beneficiarse al máximo de efectos de red y economías de escala (sección 6.5.2.1.1.2.2.1) y de ventajas por su acumulación de datos (sección 6.5.2.1.1.2.2.2) y en términos de marketing (sección 6.5.2.1.1.2.2.3), una rebaja generalizada de las comisiones le permitiría intermediar más transacciones en una actividad con reducidos costes variables, por lo que el margen de beneficio no se resentiría en gran medida. Sin embargo, BOOKING.COM no opta por una rebaja generalizada, sino selectiva.
- (474) De hecho, más adelante en esta resolución, se señala que la existencia del programa BSB (conforme al cual BOOKING.COM puede recortar el precio de la habitación publicado por el hotel en BOOKING.COM), unida a la imposición contractual al hotel de la cláusula de paridad estrecha (que implica que el hotel no puede tener una tarifa más barata en su sitio web que en BOOKING.COM), constituye un grave desequilibrio en perjuicio del hotel que rompe la reciprocidad

⁴³⁷ Párrafos 140 y 141 de las alegaciones de BOOKING.COM al PCH. Folio confidencial 5559 (no confidencial 5651)

y bilateralidad de las relaciones entre las partes en un parámetro competitivo capital como es el precio, beneficiando a BOOKING.COM, que es el operador dominante. Todo ello mientras BOOKING.COM se exime de toda responsabilidad sobre el servicio (párrafos (519) a (527)) a la par que altera un parámetro fundamental como es el precio.

- (475) **Por todo ello no pueden acogerse las alegaciones de BOOKING.COM de que la existencia del programa BSB contradice la conclusión sobre su posición dominante.**

6.5.2.1.1.5. Conclusión

- (476) De todo lo anterior, para esta Sala es indubitable que BOOKING.COM tiene una posición de dominio a tenor de los criterios establecidos por la jurisprudencia y la práctica decisonal.
- (477) En este caso la cuota de BOOKING.COM se sitúa por encima del 70%, lo que es un indicio por sí solo de una posición de dominio, indicio al que se añaden las barreras de entrada y expansión y el limitado poder compensador de la demanda que ya se han analizado.
- (478) En este caso la comparación de BOOKING.COM con sus competidores arroja cuotas marginales de la mayoría de estos últimos, lo que constituye un nuevo indicio muy significativo de posición de dominio de BOOKING.COM.
- (479) Por todo ello se concluye que BOOKING.COM posee una posición de dominio en el periodo analizado.
- (480) **A la luz de la muy elevada cuota de mercado de BOOKING.COM, la reducida relevancia relativa de las alternativas competitivas existentes, las altas barreras a la entrada y a la expansión, así como la falta de poder compensatorio de la demanda, esta Sala concluye que BOOKING.COM ha contado con una posición dominante en el mercado de servicios de intermediación para hoteles en España por parte de OTAs durante el período comprendido, al menos, desde 2019 hasta la actualidad.**

6.5.2.1.2. Abuso de posición dominante por parte de BOOKING.COM

6.5.2.1.2.1. Principios

- (481) El hecho de que una empresa posea una posición de dominio no es en sí mismo contrario a las normas de competencia.⁴³⁸ No obstante, la empresa con dicha posición de dominio, independientemente de las causas que expliquen dicha posición, tiene una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado interior.⁴³⁹ El ámbito de aplicación material de la especial responsabilidad que corresponde a una empresa dominante debe apreciarse a la luz de las circunstancias específicas de cada caso, que demuestren cómo y en qué medida la competencia está debilitada.⁴⁴⁰
- (482) El abuso de posición dominante no ha de consistir necesariamente en la utilización de la potencia económica que confiere una posición dominante, pudiendo consistir en el reforzamiento de su posición dominante recurriendo a medios distintos de la competencia a través de los méritos.⁴⁴¹ No supone, en

⁴³⁸ Sentencia del TJUE, de 9 de noviembre de 1983, *Michelin I*, C-322/81, ECLI:EU:C:1983:313 (párrafo 57); Sentencia del TJUE, de 17 de febrero de 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, ECLI:EU:C:2010:483 (párrafo 24); y Sentencia del TJUE, de 6 de septiembre de 2017, *Intel*, C-413/14, ECLI:EU:C:2017:632 (párrafo 133).

A nivel nacional, véase la Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de mayo de 2003, recurso 4495/1998 (Fundamento Jurídico Séptimo).

⁴³⁹ Sentencia del TJUE, de 9 de noviembre de 1983, *Michelin I*, C-322/81, ECLI:EU:C:1983:313 (párrafo 57); Sentencia del TJUE, de 2 de abril de 2009, *France Télécom*, C-202/07, ECLI:EU:C:2009:214 (párrafo 105); Sentencia del TJUE, de 27 de marzo de 2012, *Post Danmark*, C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172 (párrafo 23); Sentencia del TJUE, de 6 de septiembre de 2017, *Intel*, C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632 (párrafo 135); y Sentencia del TJUE, de 25 de marzo de 2021, *Slovak Telecom*, C-165/19 P, ECLI:EU:C:2021:239 (párrafo 40).

A nivel nacional, véase la Sentencia del Tribunal Supremo 3175/2010, de 16 de junio de 2010, recurso 4714/2007 (Fundamento de Derecho Séptimo); la Sentencia del Tribunal Supremo de 478/2011, de 10 de febrero de 2011, recurso 3042/2008 (Fundamento de Derecho Segundo); y la Sentencia de la Audiencia Nacional 8670/2004, de 14 de enero de 2004, recurso 892/2000 (Fundamento de Derecho Séptimo).

⁴⁴⁰ Sentencia del TJUE, de 16 de marzo de 2000, *Compagnie Maritime Belge Transports et al.*, C-395/96 y C-396/96, ECLI:EU:C:2000:132 (párrafo 114) y Sentencia del TJUE, de 17 de febrero de 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09 ECLI:EU:C:2010:483 (párrafo 84).

⁴⁴¹ Sentencia del TJUE, de 21 de febrero de 1973, *Continental Can*, C-6/72, ECLI:EU:C:1975:50 (párrafo 27); sentencia del TJUE, de 13 de febrero de 1979, *Hoffman-La Roche*, C-85/76, ECLI:EU:C:1979:36 (párrafo 91); sentencia del TJUE, de 3 de julio de 1991, *Akzo*, C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286 (párrafo 70); sentencia del TJUE, de 7 de octubre de 1999, *Irish Sugar plc*, T-228/97, ECLI:EU:T:1999:246 (párrafo 111); sentencia del TJUE, de 1 de julio de 2010, *AstraZeneca*, T-321/05, ECLI:EU:T:2010:266 (párrafo 354); y sentencia del TJUE, de 6 de septiembre de 2017, *Intel*, C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632 (párrafo 136).

cambio, una alteración del juego de la competencia cuando es la competencia basada en los méritos la que entraña la desaparición del mercado o la marginalización de los competidores menos eficaces y, por tanto, menos interesantes para los consumidores, en particular, desde el punto de vista de los precios, la gama de productos, la calidad o la innovación.⁴⁴²

- (483) Tampoco la dominancia, la conducta abusiva y los efectos tienen por qué acontecer en el mismo mercado, sino que pueden calificarse de abusivos determinados comportamientos en mercados distintos de los dominados y que producen efectos sobre éstos o en los propios mercados no dominados.⁴⁴³
- (484) De acuerdo con jurisprudencia consolidada, el concepto de abuso es un concepto objetivo⁴⁴⁴ (y, por tanto, independiente de la intencionalidad de la empresa que tiene la posición dominante). La intención de ejercer una competencia basada en los méritos, de suponerla demostrada, no puede acreditar la inexistencia de abuso. De la misma manera, la existencia de una prueba de dicha intención anticompetitiva no basta por sí sola para concluir un abuso, aunque sí constituye una circunstancia de hecho que puede ser tenida en cuenta a efectos de la determinación de un abuso de posición dominante.⁴⁴⁵
- (485) El concepto de explotación abusiva de una posición dominante se refiere a las conductas de una empresa en posición dominante que:
- pueden influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa en cuestión, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada; y
 - producen el efecto de obstaculizar, por medios diferentes de los que rigen una competencia normal de bienes o servicios con arreglo a las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del nivel de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de esa competencia.⁴⁴⁶

⁴⁴² Sentencia del TJUE, de 27 de marzo de 2012, *Post Danmark*, C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172 (párrafo 22) y sentencia del TJUE, de 6 de septiembre de 2017, *Intel* C-413/14, ECLI:EU:C:2017:632 (párrafo 134).

⁴⁴³ Sentencia del TJUE, de 17 de febrero de 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83 (párrafos 84 a 86).

⁴⁴⁴ Sentencia del TJUE, de 12 de enero de 2023, *Lietuvos geležinkeliai*, C-42/21 P, ECLI:EU:C:2023:12 (párrafo 77).

⁴⁴⁵ Sentencia del TJUE, de 19 de abril de 2012, *Tomra Systems y otros*, C-549/10, ECLI:EU:C:2012:221 (párrafos 19-22) y Sentencia del TJUE, de 30 de enero de 2020, *Paroxetina*, C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52 (párrafo 162).

⁴⁴⁶ Sentencia del TJUE, de 13 de febrero de 1979, *Hoffman-La Roche*, C-85/76, ECLI:EU:C:1979:36 (párrafo 91); Sentencia del TJUE, de 9 de noviembre de 1983, *Michelin*

(486) Ni el artículo 2 de la LDC ni el artículo 102 del TFUE establecen una lista cerrada de las conductas que pueden constituir un abuso de posición dominante, aunque sí contienen sendos listados que contemplan algunos ejemplos que no agotan su ámbito de aplicación.

(487) Así, el artículo 2 de la LDC establece:

“1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional

2. El abuso podrá consistir, en particular, en:

a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.

b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores. (...)”

(488) El art. 102 del TFUE establece:

“Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;

b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; (...)”.

(489) Aunque en ambos artículos se habla de la “explotación abusiva” de una posición dominante, la doctrina, la práctica y la jurisprudencia suelen distinguir entre abusos explotativos y exclusionarios, según sus efectos y los destinatarios de ellos. Ambos preceptos se aplican tanto a los comportamientos que pueden causar un perjuicio inmediato a los consumidores, como a los que los perjudican

I, C-322/81, ECLI:EU:C:1983:313 (párrafo 70); Sentencia del TJUE, de 3 de julio de 1991, Akzo, C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286 (párrafo 69); Sentencia del TJUE, de 17 de diciembre de 2003, British Airways, T-219/99, ECLI:EU:T:2003:343 (párrafo 66); Sentencia del TJUE, de 2 de abril de 2009, France Télécom, C-202/07, ECLI:EU:C:2009:214 (párrafo 104); Sentencia del TJUE, de 14 de octubre de 2010, Deutsche Telekom, C-280/08, ECLI:EU:C:2010:603 (párrafo 174); Sentencia del TJUE, de 17 de febrero de 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83 (párrafo 27); y Sentencia del TJUE, de 25 de marzo de 2021, Slovak Telecom, C-165/19 P, ECLI:EU:C:2021:239 (párrafo 41).

atacando una estructura de competencia efectiva. Con carácter general, tanto el artículo 2.2.a de la LDC como el artículo 102.a del TFUE, recogen fundamentalmente un tipo de abuso explotativo que consiste en la imposición injustificada de cualesquiera condiciones comerciales o de transacción no equitativas (ya sean precios u otras condiciones como términos contractuales o comerciales), explotando la posición de dominio con el consiguiente perjuicio para otros operadores o para los consumidores. Por su parte (en virtud del artículo 2.2.b de la LDC y del artículo 102.b del TFUE), el abuso exclusionario se puede definir como aquel que consiste en la limitación de la producción, el mercado o el desarrollo técnico, con el consiguiente perjuicio para los consumidores. Dicha limitación puede afectar a la propia empresa dominante o las competidores, dificultando sus posibilidades de entrar o mantenerse en el mercado.

6.5.2.1.2.2. Aplicación al caso

- (490) Con carácter general BOOKING.COM alega que la PR (al igual que ocurría previamente con el PCH) no aporta las pruebas necesarias para cumplir con el enfoque basado en efectos exigido por la jurisprudencia para atribuirle todas las conductas abusivas.
- (491) BOOKING.COM, además, esgrime que la prueba de las conductas abusivas de carácter exclusionario requiere establecer que un competidor igual de eficiente que BOOKING.COM no las podría replicar con éxito, análisis que no habría acometido la DC ni en el PCH ni en la PR. En su opinión, solo se puede incurrir en un abuso de carácter exclusionario si se elimina, obstaculiza o puede obstaculizarse la competencia de competidores tan eficientes como la empresa dominante, aunque sean hipotéticos (principio AEC, por sus siglas en inglés -as *efficient competitor*-). En este sentido, BOOKING.COM invoca un principio del competidor igualmente eficiente para todos los abusos exclusionarios, que sería más amplio que el test conocido como del competidor igualmente eficiente (test CIE o AEC, por sus siglas en inglés -as *efficient competitor*-), aplicándose este último específicamente a los abusos exclusionarios en materia de precios.
- (492) Por lo que se refiere a esta alegación general de BOOKING.COM, cabe señalar que se ha tenido escrupulosamente en cuenta los estándares establecidos por la jurisprudencia a la hora de considerar la existencia de las diferentes conductas abusivas que se imputan a BOOKING.COM:
- las conductas abusivas de carácter explotativo son prácticas impuestas por BOOKING.COM que introducen restricciones innecesarias o desproporcionadas a los hoteles situados en España, sobre los que han tenido efectos, al menos potenciales;

- las conductas abusivas de carácter exclusionario han tenido efectos restrictivos de la competencia, al menos potencialmente, en el mercado de servicios de intermediación de reservas en línea ofrecidos por OTAs a hoteles situados en España.

(493) Ni la jurisprudencia ni la práctica decisional han acogido un principio AEC distinto del test AEC, ni tampoco lo han acogido para establecer la existencia de abusos exclusionarios en general, como muestra el simple hecho de que BOOKING.COM se muestre incapaz de citar una sola sentencia comunitaria donde aparezca explícitamente confirmada la existencia de dicho principio aplicable a toda conducta abusiva de carácter exclusionario.

(494) Con respecto al test AEC, la jurisprudencia comunitaria ha establecido que no es indispensable emplearlo para probar abusos de posición de dominio de tipo exclusionario consistentes en la aplicación de descuentos. Así, en el marco de una cuestión prejudicial relativa a descuentos aplicados por un operador dominante del sector postal, el TJUE⁴⁴⁷ recordó que:

“como señaló la Abogado General en los puntos 61 y 63⁴⁴⁸ de sus conclusiones, ni del artículo 82 CE ni de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende una obligación jurídica de basarse sistemáticamente en el criterio del competidor igualmente eficaz para apreciar el carácter abusivo de un sistema de descuentos aplicado por una empresa en posición dominante.”

⁴⁴⁷ STJUE de 6 de octubre de 2015, Post Danmark, C-23/14, ECLI:EU:C:2015:651, párrafos 57, 61 y 62.

⁴⁴⁸ Conclusiones de la AG Kokott 21 de mayo de 2015, asunto Post Danmark, C-23/14, ECLI:EU:C:2015:343

“61. A mi parecer, del artículo 82 CE no se desprende ninguna obligación jurídica de basar la apreciación del carácter abusivo de los sistemas de descuento de las empresas en posición dominante en un análisis de precios y costes como el criterio AEC.

[...]

63. Pero de dicha jurisprudencia no se desprende una exigencia absoluta de aplicar el criterio AEC en todo caso al evaluar, a efectos de la competencia, las conductas excluyentes basadas en el precio. Por un lado, la jurisprudencia se refiere, en particular, a prácticas de empresas en posición dominante en cuanto a los precios, como por ejemplo la política de precios bajos (incluso precios inferiores al precio de coste) o la compresión de márgenes, que por su propia naturaleza presentan una estrecha relación con la estructura de costes de las empresas afectadas. Por otro lado, la expresión «en particular», elegida por el Tribunal de Justicia (en francés, «notamment»), refleja claramente que no siempre es necesario, para apreciar un abuso de posición dominante, que se produzca un efecto de exclusión para los competidores igualmente eficaces que la empresa en posición dominante.”

- (495) Más recientemente, el TJUE⁴⁴⁹, en el caso Intel, ha aclarado, en relación con los descuentos de fidelidad, que sólo si la parte aporta pruebas de que la conducta no tuvo capacidad de restringir la competencia, la CE “*está obligada a apreciar la eventual existencia de una estrategia destinada a expulsar del mercado a competidores al menos igualmente eficaces*”.
- (496) En esta misma línea, en la cuestión prejudicial Unilever, el TJUE se ha pronunciado sobre el criterio AEC en relación con las cláusulas de distribución abusivas impuestas por operadores dominantes indicando que “[e]l recurso al criterio del competidor igualmente eficiente tiene carácter facultativo”⁴⁵⁰. No obstante, el TJUE también destacó que “*si la empresa afectada presenta los*

⁴⁴⁹ Sentencia del STJUE de 6 de septiembre de 2017, Intel, asunto C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632) párrafos 137 y siguientes:

“137. A este respecto, se ha declarado ya que, para una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado, el hecho de vincular a los compradores, aunque sea a petición de estos, mediante la obligación o la promesa de abastecerse exclusivamente en dicha empresa para la totalidad o para gran parte de sus necesidades constituye una explotación abusiva de una posición dominante en el sentido del artículo 102 TFUE, tanto si la obligación de que se trata ha sido estipulada sin más como si es la contrapartida de la concesión de descuentos. Lo mismo puede decirse cuando dicha empresa, sin vincular a los compradores mediante una obligación formal, aplica, ya sea en virtud de acuerdos celebrados con esos compradores, ya sea unilateralmente, un sistema de descuentos de fidelidad, es decir, de descuentos sujetos a la condición de que el cliente se abastezca exclusivamente en la empresa en posición dominante para la totalidad o para gran parte de sus necesidades, cualquiera que sea, por lo demás, el importe de sus compras (véase la sentencia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión, 85/76, EU:C:1979:36, párrafo 89)

138 Sin embargo, conviene precisar esta jurisprudencia para el supuesto de que la empresa de que se trate mantenga durante el procedimiento administrativo, aportando pruebas al respecto, que su conducta no tuvo la capacidad de restringir la competencia ni, en particular, de producir los efectos de expulsión del mercado que se le imputan

139 En tal supuesto, la Comisión no sólo está obligada a analizar, por una parte, la importancia de la posición dominante de esa empresa en el mercado de referencia y, por otra, el porcentaje del mercado cubierto por la práctica criticada y las condiciones y las modalidades de concesión de los descuentos de que se trata, su duración y su importe, sino que también está obligada a apreciar la eventual existencia de una estrategia destinada a expulsar del mercado a competidores al menos igualmente eficaces (véase, por analogía, la sentencia de 27 de marzo de 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, párrafo 29). [...]

141 Si la Comisión efectúa ese análisis en una decisión en la que declara que un sistema de descuentos presenta un carácter abusivo, incumbe al Tribunal General examinar la totalidad de las alegaciones en las que la parte demandante califique de infundadas las conclusiones de la Comisión sobre la capacidad de expulsión del mercado del sistema de descuentos de que se trate.

⁴⁵⁰ STJUE de 19 de enero de 2023, Unilever Italia Mkt. Operations Srl y Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, C-680/20, ECLI:EU:C:2023:33, párrafo 62.

*resultados de aplicar tal criterio durante el procedimiento administrativo, la autoridad de competencia está obligada a examinar su valor probatorio”.*⁴⁵¹

- (497) **Por todo ello, no puede acogerse la alegación de BOOKING.COM de que la calificación jurídica requiera aplicar un principio de competidor igualmente eficiente, distinto del test del mismo nombre (ni siquiera el test en cuestión), para probar la existencia de conductas abusivas de carácter exclusionario.**

6.5.2.1.2.2.1. Condiciones comerciales no equitativas

- (498) **BOOKING.COM explota de forma abusiva** su posición de dominio (situación de poder económico que le confiere la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, en último término, los consumidores sin temer las consecuencias para su posición en el mercado de aplicar directamente a los hoteles condiciones inequitativas) a través de:
- la asimetría en la aplicación de la cláusula de paridad de precios estrecha en su propio beneficio (véase sección 5.2 y 5.3): BOOKING.COM impone una cláusula de paridad de precios estrecha a los hoteles (véase sección 5.2), esto es, les impide rebajar su precio en su propio canal de venta en línea (respecto al precio ofertado en BOOKING.COM), mientras que BOOKING.COM se reserva la posibilidad de rebajar unilateralmente el precio que ofrece el hotel en BOOKING.COM, con cargo a su comisión, en determinados casos (véase sección 5.3);
 - la imposición a los hoteles situados en España de la versión inglesa de las GDT como vinculante, (sección 5.4), del ordenamiento jurídico neerlandés como aplicable a las GDT, y de los tribunales competentes de Ámsterdam, Países Bajos, en caso de conflicto en relación con las GDT (sección 5.5);
 - la falta de transparencia en la información que ofrece BOOKING.COM a los hoteles situados en España sobre el impacto que tiene la suscripción de los programas Preferente, Preferente Plus y *Genius* en su posición dentro de la clasificación predeterminada de resultados que ofrece BOOKING.COM en su sitio web (véase sección 5.10, 5.11 y 5.13), y en el consiguiente número adicional de visitas al hotel y reservas en BOOKING.COM (véase sección 5.6, 5.8 y 5.9).
- (499) Como se expone más detalladamente a continuación, este proceder de BOOKING.COM **constituye un abuso explotativo** de su posición de dominio,

⁴⁵¹ Idem que anterior.

con el consiguiente perjuicio para los hoteles y por ende los consumidores. Para cada una de estas conductas se examinarán los **requisitos establecidos por la jurisprudencia comunitaria para que unas condiciones comerciales sean consideradas abusivas**, además de no recibir menoscabo en su dominancia o grado apreciable de independencia de comportamiento con respecto a sus competidores, clientes o los consumidores: **(i)** que vengan impuestas por un operador dominante a sus socios comerciales;⁴⁵² **(ii)** que resulten desfavorables a los intereses del socio comercial o de terceros;⁴⁵³ y **(iii)** que no sean necesarias para alcanzar un objetivo legítimo o no proporcionadas en tanto van más allá de lo estrictamente necesario⁴⁵⁴.

6.5.2.1.2.2.1.1. Asimetría en la aplicación de la cláusula de paridad de precios estrecha

6.5.2.1.2.2.1.1.1. Imposición de un operador dominante a sus socios comerciales

- (500) Como se recoge en el hecho acreditado 5.1, la gran mayoría de los hoteles situados en España que contratan los servicios de intermediación de reservas en línea de BOOKING.COM firman para ello un contrato de adhesión, siendo BOOKING.COM un operador dominante (sección 6.5.2.1.1.2) y sin que esto penalice a BOOKING.COM en su posición de mercado.

⁴⁵² Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de marzo de 1974. C-127/73 *BRT v SABAM*, EU:C:1974:25, párrafo 15:

“que, en consecuencia, procede declarar que el hecho de que una empresa encargada de la explotación de derechos de autor, que ocupa una posición dominante a efectos del artículo 86, imponga a sus socios compromisos que no son indispensables para la realización de su objeto social y que, por lo tanto, obstaculizan de forma no equitativa la libertad de un socio para ejercitar su derecho de autor, puede constituir una explotación abusiva.”

⁴⁵³ Pueden ser también los consumidores finales. Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 11 de abril de 1989, C-66/86, EU:C:1989:140, párrafo 42:

“Una vez que la autoridad nacional competente haya comprobado que una empresa de transporte aéreo mantiene una posición dominante en el mercado de que se trate, deberá examinar si la aplicación de las tarifas que dicha empresa ha impuesto a las restantes compañías aéreas que mantienen la misma ruta comercial constituye una explotación abusiva de la referida posición dominante. Así podrá actuarse, en particular, cuando las referidas tarifas impuestas deban ser consideradas como condiciones de transporte no equitativas, ya sea en relación con los competidores, ya en relación con los viajeros.”

⁴⁵⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 21 de marzo de 1974, *BRT v SABAM*, C-127/73, EU:C:1974:25, párrafo 11:

“que, en consecuencia, procede examinar si las prácticas impugnadas superan los límites de cuanto es indispensable para alcanzar este objetivo, teniendo en cuenta también el interés que un autor individual puede tener en no ver limitada más de lo necesario su libertad de disponer de su obra;”

Véase también el párrafo 15 citado *supra*.

(501) Tal y como refleja el hecho acreditado 5.2, un hotel situado en España no puede fijar una tarifa más barata en sus canales de venta en línea que en el sitio web de BOOKING.COM, de acuerdo con las cláusulas 2.2 y 5.1 v) de las GDT⁴⁵⁵ que suscribe con BOOKING.COM. Esta cláusula contractual ha estado en vigor al menos desde 2015.

(502) Paralelamente, de acuerdo con el hecho acreditado 5.3, BOOKING.COM ha estado aplicando desde abril de 2019 a hoteles situados en España el programa BSB, sin mediar suscripción previa del mismo por el hotel afectado, amparándose BOOKING.COM en la cláusula 2.2.4 de las GDT.⁴⁵⁶ De acuerdo con este programa, BOOKING.COM puede modificar unilateralmente a la baja el precio de venta final de un hotel en el sitio web de BOOKING.COM, bajo ciertos requisitos, [CONFIDENCIAL]

6.5.2.1.2.2.1.1.2. Condiciones desfavorables a los intereses del socio comercial o de terceros

(503) A juicio de esta Sala, cabe apreciar una asimetría en la competencia en precio entre el hotel y BOOKING.COM:

- por un lado, BOOKING.COM no permite al hotel tener una tarifa más barata en su canal directo en línea que la publicitada en BOOKING.COM (a raíz de la cláusula de paridad estrecha);
- por otro, BOOKING.COM impone al hotel que le permita recortar la tarifa publicitada por el hotel en BOOKING.COM (bajo la cláusula 2.2.4 de las GDT, que ampara el programa BSB).

(504) Obsérvese que HOTREC, la patronal de las asociaciones hoteleras a nivel europeo, ha puesto de relieve públicamente que:

“Por lo que se refiere a algunos aspectos de la relación con las OTAs, la mayoría de los hoteles se siente presionados por las OTAs (principalmente por BOOKING.COM) a aceptar términos y condiciones de las plataformas (p.ej., paridad de precios, empresas afiliadas y plataformas de terceros, política de cancelación, descuentos especiales y restricciones a la competencia intramarca) que no aceptarían de modo voluntario. Por ejemplo, en BOOKING.COM los hoteles no tienen la opción de dejar de participar en Booking Sponsored Benefit [BSB]” (traducción y subrayado propios)

⁴⁵⁷

⁴⁵⁵ Folios 1960, 1961 y 1970.

⁴⁵⁶ Folio 1961.

⁴⁵⁷ Comentarios presentados por HOTREC con fecha 24 de abril de 2023 en el marco de la consulta pública lanzada por la CE en el marco de la redacción de unas Directrices sobre abusos exclusionarios por parte de empresas dominantes, documento disponible en

(505) Esta constatación por parte de HOTREC permite mostrar que los hoteles no ven con buenos ojos la aplicación de descuentos en su precio en BOOKING.COM, sin mediar su consentimiento, y permite poner en tela de juicio la afirmación de BOOKING.COM contenida en su escrito de alegaciones según la cual, bajo el programa BSB:

“Los alojamientos pueden ofrecer mejores precios a través de su plataforma manteniendo el precio completo que piden. Tanto los alojamientos como los clientes salen ganando.”⁴⁵⁸

(506) En este sentido, si el hotel viera la ventaja de rebajar su precio en BOOKING.COM, lo haría él mismo, sin mediar el concurso unilateral de BOOKING.COM.

(507) En el marco de la tramitación del expediente BOOKING.COM ha manifestado que *“no adopta medidas cuando los proveedores de alojamiento no respetan la cláusula de paridad estrecha”*.⁴⁵⁹

(508) Por lo que se refiere a esta afirmación de BOOKING.COM, cabe señalar que:

- el supuesto de que BOOKING.COM no adopte medidas frente al incumplimiento de la paridad de precios estrecha hace difícilmente explicable por qué sigue apareciendo contenida en los contratos con los hoteles que rigen la actuación de las partes. Además, en ningún momento, BOOKING.COM traslada a los hoteles situados en España que pueden incumplir la cláusula sin que BOOKING.COM ‘adopte medidas’;
- es preciso subrayar que el mero hecho de que dicha paridad aparezca recogida en los contratos produce efectos sobre los hoteles, ya que cabe suponer que una gran mayoría de ellos querrán cumplir con el contrato firmado con BOOKING.COM, aunque solo sea por no exponerse a tener problemas, en caso de incumplimiento, con un socio tan importante para la distribución de sus habitaciones como es BOOKING.COM.

De hecho, la práctica decisonal de la CE (como por ejemplo en el caso AT.40436 *Ancillary Sports Merchandise*) ha reconocido que una cláusula contractual puede desplegar efectos y resultar anticompetitiva (en dicho

https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13796-Derecho-de-la-competencia-de-la-UE-directrices-sobre-abusos-de-exclusion-por-parte-de-empresas-dominantes/F3407194_es

⁴⁵⁸ Párrafo 203 del escrito de alegaciones de BOOKING.COM al PCH, folio 5571 (folio 5663 versión no confidencial).

⁴⁵⁹ Folio 323 (folio 2923 versión no confidencial). En términos similares, folio 2530 (folio 3161 versión no confidencial).

precedente, la compartimentación en mercados nacionales del EEE), aunque no se aplique en la práctica:

“el hecho que las cláusulas no sean objeto de aplicación estricta es irrelevante dado que la mera existencia de dichas cláusulas puede crear un clima “óptico y psicológico” que contribuya a la división de los mercados” (traducción propia)⁴⁶⁰

- (509) BOOKING.COM censura que la PR cite el caso AT.40436 *Ancillary Sports Merchandise* de la CE, por versar sobre una infracción del artículo 101 del TFUE, cuya aplicación se rige por un conjunto de presunciones distinto al del artículo 102 del TFUE en lo que se refiere a sus efectos y criterios probatorios.
- (510) Respecto a esta alegación, esta Sala desea señalar que la PR no cita dicho precedente para cimentar la existencia de infracción, sino para ilustrar un hecho que resulta universal, ya en sede del artículo 101 o 102 del TFUE, cuando se examina una práctica comercial dimanante de una cláusula contractual y es que una cláusula contractual puede desplegar los efectos recogidos en su contenido, aunque no se aplique en la práctica, como ocurre en el presente caso tras leer en paralelo (i) la existencia de la cláusula de paridad de precios como segunda obligación principal del hotel con BOOKING.COM y (ii) las previsiones de GDT en caso de que dicha cláusula se incumpla, lo cual tendrá el efecto de que un hotel de buena fe se atenga a su cumplimiento, lo cual resulta coherente con la cita que se hace del precedente comunitario.
- (511) **Por todo ello no se puede acoger la alegación de BOOKING.COM sobre la irrelevancia del precedente AT.40436 *Ancillary Sports Merchandise*.**
- (512) En relación con lo anterior, en contraste con la posibilidad que tiene BOOKING.COM de rebajar el precio, los hoteleros que no respetan la cláusula de paridad estrecha, se exponen a consecuencias con efectos disuasorios:
- de acuerdo con las GDT:
 - el incumplimiento reiterado de la cláusula es causa de rescisión de la relación con carácter inmediato (cláusula 7.2);⁴⁶¹ y
 - el mero incumplimiento de la cláusula de paridad da derecho a BOOKING.COM a:
 - restringir o suspender su totalidad o parte de sus obligaciones, pactos y compromisos contraídos en virtud de las GDT con efecto inmediato,

⁴⁶⁰ Decisión de la CE de 25 de marzo de 2019 en el caso COMP/ AT.40436 *Ancillary Sports Merchandise*, párrafo 106, que a su vez se hace eco de la Sentencia del TJUE de 1 de febrero de 1978, *Miller*, C-19/77, ECLI:EU:C:1978:19 (párrafo 7).

⁴⁶¹ Folio 1974.

mediante notificación por escrito (que incluya una declaración de razones); y/o

- rescindir las GDT y/o cerrar su Plataforma para el alojamiento tras un periodo de notificación de 30 días naturales (cláusula 7.3);⁴⁶²
- el hecho de que el hotel no cumpla con la cláusula de paridad de precios estrecha le expone a no satisfacer el criterio 'Precios Externos' necesario para poder participar en los Programas Preferente, Preferente Plus y *Genius* (hechos acreditados 5.10 y siguientes), muy extendidos (véase la importancia del Programa Preferente en la Tabla 15) y que permiten mejorar la visibilidad del hotel en la clasificación predeterminada de resultados;
- BOOKING.COM tiene en funcionamiento una acción comercial denominada 'Igualamos el precio'⁴⁶³ por la cual BOOKING.COM ofrece al cliente final una garantía de que, si después de haber reservado un alojamiento con BOOKING.COM, encuentra el mismo alojamiento (con las mismas condiciones) más barato en otro sitio web, BOOKING.COM se compromete a reembolsarle la diferencia⁴⁶⁴.

En caso de reclamación de un cliente bajo la iniciativa 'Igualamos el precio', la cláusula 2.5.6. de las GDT prevé que:

*“Cuando Booking.com tenga derecho a la Paridad de tarifas y condiciones o a la Paridad de tarifas y un Cliente haga una reclamación válida en virtud de la oferta Igualamos el precio, Booking.com notificará de inmediato al Alojamiento los detalles relevantes de la misma. El Alojamiento ajustará inmediatamente las tarifas disponibles en la Plataforma para que la tarifa más baja esté disponible para futuras reservas. Además, el Alojamiento ajustará inmediatamente la tarifa de la reserva realizada por el Cliente que presentó la reclamación. Cuando el Cliente haga el check-out, el Alojamiento ofrecerá la habitación por la tarifa más baja y bien: (i) compensará la diferencia entre la tarifa reservada y la tarifa más baja cobrando al Cliente la tarifa más baja, o (ii) reembolsará (en efectivo) al Cliente la diferencia entre las dos tarifas.”*⁴⁶⁵

Además, en virtud de la cláusula 6.2.1 iii):

⁴⁶² Folio 1974.

⁴⁶³ Véanse el folio 4923 y el apartado B7.1 de las Condiciones de servicio para clientes de BOOKING.COM (folio 4794), disponibles en <https://www.booking.com/content/terms.es.html>.

⁴⁶⁴ No obstante el literal de la cláusula, BOOKING.COM ha alegado que el programa solo aplica para mejores condiciones localizadas en la propia página web del hotel. (Véase la hora 1:28:35 de la intervención de la representante de BOOKING.COM en el marco de la vista oral celebrada el 7 de mayo de 2024 en la sede de la CNMC -folio 7463-).

⁴⁶⁵ Folio 1964.

“En la medida máxima permitida por la ley, el Alojamiento indemnizará, compensará y eximirá de responsabilidades a Booking.com [...] en relación con:

[...]

(iii) reclamaciones de los Clientes relacionadas con la oferta Igualamos el precio en circunstancias en las que Booking.com tiene derecho a la Paridad de tarifas y condiciones y en las que al Cliente se le cobra por encima de la tarifa aplicable más baja”.⁴⁶⁶

- (513) BOOKING.COM alega⁴⁶⁷ que las cláusulas de las GDT relativas a un incumplimiento de su articulado son generales y no están pensadas ni se utilizan como elemento disuasorio en relación con la cláusula de paridad estrecha.
- (514) Sin embargo, esta Sala considera oportuno señalar que en las GDT nada impide que BOOKING.COM pueda invocar las cláusulas anteriores en caso de que se produzca un incumplimiento de la cláusula de paridad. Desde una perspectiva jurídica, la conexión entre la cláusula de paridad de precios (una de las obligaciones principales que un hotel contrae con BOOKING.COM, al tratarse, nada menos, de la segunda obligación recogida en la lista en las GDT) y las consecuencias que se derivan de su incumplimiento aparecen nítidamente descritas en las GDT y de ahí nace la fuerza del efecto disuasorio descrito en la presente resolución, que conducirá a que un hotel de buena fe se atenga a dicha paridad, lo cual ha sido confirmado asimismo por la AEHM⁴⁶⁸.
- (515) Esta realidad es la que demuestra que la cláusula de paridad de precios ha afectado el comportamiento de los hoteles que la han firmado, por mucho que BOOKING.COM alegue que no ha sido combativa en la aplicación de la cláusula. Afirmar lo contrario significaría reconocer que ningún hotel ubicado en España la respeta y que se trata de una cláusula tan ineficaz e inocua como inexistente, lo cual no es el caso, a juzgar por su permanencia en los GDT y los efectos que BOOKING.COM prevé en caso de incumplimiento:
- no solo bajo las GDT (rescisión del contrato, interrupción del servicio al hotel, indemnización a BOOKING.COM a raíz de reclamaciones de los Clientes relacionadas con la acción comercial conocida como ‘Igualamos el precio’),

⁴⁶⁶ Folio 1972.

⁴⁶⁷ Alegaciones a la PR (versión confidencial -folios 7024 y 7025-, y versión no confidencial -folios 7146 y 7147).

⁴⁶⁸ Véase el minuto 48:46 de la intervención del representante de la AEHM en el marco de la vista oral celebrada el 7 de mayo de 2024 en la sede de la CNMC (folio 7463) y su escrito de alegaciones a la PR (folio 6942).

- sino también impidiendo al hotel poder acceder a los Programas Preferente, Preferente Plus y *Genius*.

En todo caso, tal y como ha traído a colación la AEDH en sus alegaciones al PCH⁴⁶⁹ y durante la celebración de la vista⁴⁷⁰, BOOKING.COM sí ha monitoreado, dado seguimiento y amenazado con la expulsión de la plataforma a aquellos hoteles que hubieran incumplido la cláusula de paridad de precios estrecha a través de un equipo denominado de ‘Fraude y Abuso’.

(516) **Por todo ello no se pueden acoger las alegaciones de BOOKING.COM sobre la no utilización de las GDT con carácter disuasorio.**

(517) A la luz de lo anterior, el hecho de que BOOKING.COM imponga contractualmente al hotel no tener una tarifa más barata en su sitio web que en BOOKING.COM (mientras que BOOKING.COM sí puede recortar el precio de la habitación publicada por el hotel en BOOKING.COM) constituye un desequilibrio que rompe la reciprocidad y bilateralidad de las relaciones entre las partes en un parámetro competitivo capital como es el precio, beneficiando a BOOKING.COM, que es el operador dominante.

(518) En este análisis del carácter inequitativo de la combinación es preciso tener en cuenta elementos que refuerzan dicha conclusión.

(519) A lo largo de las GDT se recoge repetidamente que BOOKING.COM es un simple **intermediario/agente** entre el hotel y el cliente final que no fija las condiciones comerciales (las cuales corresponde fijar al hotel):

“Nada de lo comprendido en el Acuerdo constituirá o implicará que Booking.com actúa u opera como director, comerciante o (re)vendedor de la habitación.” (cláusulas 6.8 *in fine* del Anexo 3A y 2.17 *in fine* del Anexo 3B).⁴⁷¹

(520) Preguntado por la DC sobre las condiciones que rigen sus relaciones con los establecimientos hoteleros situados en España, BOOKING.COM ha manifestado lo siguiente:

“Los clientes reservan directamente la habitación a nuestros proveedores de alojamiento a través de la plataforma Booking.com. Por lo tanto, Booking.com no entra en contacto con los clientes. Booking.com recibe una comisión por el servicio prestado como agente entre el proveedor de alojamiento y el cliente. El proveedor de alojamiento es en todo momento responsable de la efectiva reserva de la habitación

⁴⁶⁹ Folio 5508.

⁴⁷⁰ Véase la hora 1:00:24 de la intervención del representante de la AEDH en el marco de la vista oral celebrada el 7 de mayo de 2024 en la sede de la CNMC (folio 7463)

⁴⁷¹ Folios 1988 y 1992.

y de mantener los precios y condiciones ofrecidos. Esto incluye los posibles ofrecimientos de rebajas y descuentos.”⁴⁷²

(521) Y un poco más tarde, en ese mismo escrito, BOOKING.COM recalca lo siguiente:

“Booking.com actúa como agente entre el proveedor de alojamiento y el cliente, limitándose a ofrecer una plataforma para conectar a ambas partes. El proveedor de alojamiento permanece en todo momento como único responsable de mantener los precios y condiciones contratadas”. ⁴⁷³

(522) Amparándose en su labor de intermediario, BOOKING.COM se exonera de cualquier responsabilidad en la relación con la reserva hotelera, que recae exclusivamente en el hotel. Así, en el apartado 2.5 de las GDT, relativo a la reserva, se recoge que:

- cláusula 2.5.1:

“Booking.com no se hace responsable de la exactitud e integridad de la información (incluidos los datos de la tarjeta de crédito) y las fechas proporcionadas por los Clientes. Booking.com no es responsable de las obligaciones de pago de los Clientes relacionadas con sus reservas.” ⁴⁷⁴

- cláusula 2.5.2:

“A partir de la reserva efectuada por medio de las Plataformas se establece una relación contractual directa (y, en consecuencia, un vínculo legal) únicamente entre el Alojamiento y el Cliente (la “Reserva del cliente”).” ⁴⁷⁵

- cláusula 2.5.5:

“El Alojamiento deberá gestionar toda queja o reclamación con respecto a los productos o servicios proporcionados por el Alojamiento o las solicitudes específicas de los Clientes, sin solicitar la participación de Booking.com. Booking.com no se hace responsable y se exime de cualquier responsabilidad con respecto a tales quejas o reclamaciones.” ⁴⁷⁶

(523) Con carácter adicional, en la cláusula 3.2 de las GDT se establece que:

“Booking.com puede sublicenciar, poner a disposición, divulgar y ofrecer a través o en colaboración con una Empresa afiliada y/o una Plataforma de terceros:

(i) la Información del alojamiento;

(ii) la Propiedad intelectual relevante del Alojamiento;

(iii) el punto principal de datos de contacto del Alojamiento;

⁴⁷² Folio 2454 (folio 3131 versión no confidencial).

⁴⁷³ Folio 2456 (folio 3133 versión no confidencial).

⁴⁷⁴ Folio 1964.

⁴⁷⁵ Folio 1964.

⁴⁷⁶ Folio 1964.

(iv) ofertas especiales puestas a disposición por el Alojamiento en la Plataforma; y
(v) todos esos derechos y licencias adicionales establecidos en el Acuerdo.
*Booking.com no tendrá ninguna responsabilidad ante el Alojamiento por cualquier acto u omisión de cualquier Plataforma de terceros.” (subrayado propio)*⁴⁷⁷

(524) Finalmente, en la cláusula 5.4 de las GDT se recoge que:

“Booking.com renuncia y excluye toda responsabilidad con respecto al Alojamiento que esté relacionada con:

(i) cualquier avería (temporal y/o parcial), cortes, tiempo de inactividad, interrupción o indisponibilidad de la Plataforma, el Servicio y/o la Extranet; y

*(ii) cualquier (conexión con cualquier) Proveedor de conectividad o Servicios de conectividad que el Alojamiento utiliza para transmitir la Información del alojamiento.”*⁴⁷⁸

(525) En el marco de la instrucción del expediente, BOOKING.COM ha recalcado lo siguiente:

*“Si hay una disputa entre un cliente y un proveedor de alojamiento sobre la tarifa, la calidad de la habitación del alojamiento / el servicio, etc., Booking.com no suele ofrecer ninguna función de arbitraje ni nada de ese tipo para resolver potencialmente dicha disputa. Esas disputas se manejarán directamente entre el cliente y el proveedor de alojamiento.”*⁴⁷⁹

(526) En su escrito de alegaciones de 17 de noviembre de 2022, BOOKING.COM manifiesta lo siguiente:

*“el objetivo de la cláusula 6.2 [indemnizaciones del alojamiento] es proteger a Booking.com de los errores que sean imputables a los proveedores de alojamiento y que estén relacionados con su servicio, no con el servicio prestado por Booking.com. En particular, la cláusula 6.2 incluye indemnizaciones contra las reclamaciones realizadas por los huéspedes en relación con el alojamiento o resultantes de cualquier incumplimiento por parte del proveedor de alojamiento de su contrato con Booking.com (i)-(v), las reclamaciones presentadas contra Booking.com en relación con los incumplimientos del proveedor de alojamiento de la normativa aplicable (vi), las reclamaciones de terceros relacionadas con las declaraciones, garantías y obligaciones del proveedor de alojamiento en virtud del contrato (vii), y las reclamaciones de incumplimientos por parte de Booking.com de la normativa aplicable, en la medida en que sean atribuibles al proveedor de alojamiento.”*⁴⁸⁰

(527) Por lo tanto, a la luz de lo anterior, se deduce que BOOKING.COM se exonera de toda responsabilidad en relación con la reserva, dado que su papel se limita

⁴⁷⁷ Folio 1967.

⁴⁷⁸ Folio 1971.

⁴⁷⁹ Folio 332 (folio 2922 versión no confidencial).

⁴⁸⁰ Folios 3007 y 3008 (folios 3035 y 3036 versión no confidencial).

a prestar un servicio de intermediación entre el hotel y el cliente final, mientras que, a la vez, se otorga contractualmente la posibilidad de variar un aspecto tan fundamental en la relación entre hotel y cliente como es el precio. A juicio de esta Sala, existe una ruptura relevante de la bilateralidad y reciprocidad y, por ende, de la equidad en la relación contractual si BOOKING modifica el precio final de la reserva, pero a la vez se exime de toda responsabilidad de lo que suceda luego con la reserva.

(528) BOOKING.COM alega⁴⁸¹ que restringir su capacidad de modificar el precio final bajo el programa BSB (i) supone una intervención de precios por parte de la CNMC, (ii) equivaldría a un mantenimiento de precios de reventa e (iii) iría en contra de pronunciamientos de otras autoridades de competencia europeas, como:

- la portuguesa, que se manifestó en contra de una iniciativa legislativa dirigida a prohibir los descuentos por parte de OTAs,⁴⁸² y
- la sueca, que llegó a una terminación convencional con una aerolínea por la cual ésta abandonó la prohibición que imponía a las OTAs de anunciar en MSS un precio de los billetes inferior al precio de referencia de la aerolínea.⁴⁸³

(529) Como se ha razonado previamente, esta Sala no censura la existencia del programa BSB en sí mismo, sino que encuentra abusiva la concurrencia de las condiciones comerciales ya descritas que impone BOOKING.COM a los hoteles, pues configuran un entorno de grave desequilibrio en la relación comercial en perjuicio de los hoteles:

- Por un lado, BOOKING.COM impone la paridad de precios estrecha a los hoteles (limitando su capacidad de competir a nivel minorista a través del sitio web del hotel) y se declara mero intermediario/agente de los hoteles ante el cliente final, exonerándose de toda responsabilidad en relación con la reserva hotelera y sus condiciones.
- Por otro lado, BOOKING.COM se otorga contractualmente la posibilidad de variar un aspecto comercial tan fundamental en la relación entre hoteles y clientes, como es el precio.

⁴⁸¹ Alegaciones a la PR (folios 7020 y 7021 de la versión confidencial y folios 7142 y 7143 de la versión no confidencial). Y alegaciones al PCH (folios 5571 a 5573 de la versión confidencial y folios 5663 y 5664 de la versión no confidencial).

⁴⁸² *Parecer da autoridade da concorrência sobre o Projeto de Decreto-Lei DL 1102/XXII/2021*, párrafo 19.

⁴⁸³ Decisión Dnr 111/2000 de la autoridad sueca de competencia de 7 de julio de 2023.

- (530) En otras palabras, BOOKING.COM se articula simultáneamente en las GDT como:
- un intermediario/agente, que cobra una comisión, por lo que
 - o se exonera de toda responsabilidad en relación con la reserva, al ser los hoteles responsables de mantener los precios y condiciones ofrecidos⁴⁸⁴,
 - o impone una restricción de paridad de precios a los hoteles en su canal directo en línea (de modo a que los hoteles en su sitio web no recorten el precio que publican en BOOKING.COM), y
 - un revendedor, al poder rebajar el precio final de los hoteles en BOOKING.COM, sin mediar participación del hotel.
- (531) **Por todo ello, no se puede acoger la alegación de BOOKING.COM de que la valoración jurídica contenida en esta sección suponga una intervención de precios en contra de precedentes autoridades de competencia.**
- (532) A la hora de valorar la inequidad de las condiciones impuestas a los socios comerciales (en este caso, a los hoteles), es preciso tener en cuenta que se trata de condiciones desfavorables y asimétricas en favor de BOOKING.COM.

6.5.2.1.2.2.1.1.3. Restricciones innecesarias o desproporcionadas

- (533) En cuanto a los beneficios del BSB para el cliente final alegados por BOOKING.COM⁴⁸⁵, es preciso tener en cuenta que el BSB se ofrece solo a unos clientes concretos en base a los criterios de búsqueda que han introducido (vid. hecho acreditado 5.3). No han trascendido en los escritos de BOOKING.COM mayores detalles sobre los criterios que guían la concreta aplicación del programa BSB. Dada la escasa información disponible, no se puede aseverar si realmente el programa BSB beneficia al cliente frente a las otras opciones de reserva que existen en los canales en línea (sobre todo, porque, por definición, el programa BSB se pone en práctica cuando BOOKING.COM detecta precios del hotel que ya son más baratos fuera de BOOKING.COM).
- (534) Obsérvese que, ante un precio del hotel más barato en otros canales, BOOKING.COM podría optar por rebajar la comisión que fija al hotel para que éste luego decida si traslada al precio final en BOOKING.COM ese menor coste de la intermediación llevada a cabo por BOOKING.COM (que es, al fin y al cabo,

⁴⁸⁴ Folios 1988, 1992 y 2456 (folio 3133 versión no confidencial).

⁴⁸⁵ Con carácter previo a la emisión del PCH, por ejemplo, folio 2531 (folio 3162 versión no confidencial). También en las alegaciones al PCH, párrafo 193, folio 5570 (folio 5662 versión no confidencial). Y en las alegaciones a la PR, folios 7022 y 7023 -versión confidencial-, y folios 7144 y 7145 -versión no confidencial.

uno de los parámetros principales para hacer más atractiva su plataforma a los hoteles). Sin embargo, como se comprueba en el presente caso, BOOKING.COM se decanta con el programa BSB por modificar selectivamente el precio final de las habitaciones, sin que medie suscripción previa del programa BSB por parte del hotel afectado.

- (535) BOOKING.COM alega que, bajo el programa BSB, algunos consumidores pagan precios inferiores que bajo un escenario en el que no existe dicho programa, tal y como mostraría la Sección 2 del Informe económico sobre las potenciales prácticas explotativas que aporta como anexo de sus alegaciones al PCH. Básicamente, BOOKING.COM basa dicha conclusión en que, si un consumidor reserva una habitación con un descuento del programa BSB, es que esa opción era mejor para él que las otras.
- (536) Sin embargo, esta Sala considera que, con la información del programa BSB que obra en el expediente y la opacidad que rodea su funcionamiento, no se puede discernir si BOOKING.COM ofrece un precio más barato que un competidor o si simplemente se limita a igualar el precio de un competidor más barato. Por ello, en puridad, no se puede asegurar si, en último término, el consumidor sale beneficiado en términos de precio.
- (537) Además, el escenario que contempla BOOKING.COM para sostener dichas ventajas del programa BSB para el consumidor final resulta incompleto en la medida en que no tiene en cuenta los efectos que también introduce en el mercado minorista la otra parte de la asimetría que se considera abusiva, la paridad estrecha de precios.
- (538) Como se ha visto, la paridad estrecha de precio limita la competencia aguas abajo (nivel minorista) que el hotel puede ejercer con su canal directo en línea (sitio web del hotel) porque debe respetar el precio que ha fijado en BOOKING.COM, mientras que BOOKING.COM, como hemos visto, sí puede recortar el precio del hotel en su canal directo bajo el programa BSB.
- (539) Por tanto, si se tiene en cuenta el efecto de la paridad de precios estrecha a nivel minorista (dado que el abuso está compuesto por la aplicación simultánea de paridad estrecha y programa BSB), las supuestas ventajas para el consumidor final se desvanecen más si cabe. En particular, esta limitación de la competencia que el canal directo del hotel puede ejercer a BOOKING.COM aguas abajo (bajo la paridad estrecha) es de un signo más intenso que los supuestos beneficios para el consumidor final del programa BSB, dado el interés e importancia que BOOKING.COM concede a la paridad estrecha en las GDT y en su política comercial con los hoteles.

- (540) En cualquier caso, es preciso recalcar que nos encontramos en sede de un abuso que se realiza directamente sobre los hoteles, por lo que las supuestas ventajas para los consumidores finales que se derivarían de una explotación abusiva de los hoteles no permiten justificar el abuso que sufrirían los hoteles en términos de condiciones comerciales no equitativas resultantes de la concurrencia de las condiciones mencionadas: (i) el programa BSB en su modalidad de no suscripción voluntaria del hotel, (ii) la paridad estrecha de precios, y (iii) la exención de responsabilidad en la relación con la reserva hotelera intermediada (en tanto que BOOKING.COM se define como mero agente o intermediario), tal y como se ha razonado en la sección 6.5.2.1.2.2.1.1.2. En particular, y se insiste en este hecho:
- BOOKING.COM impone la paridad de precios estrecha al hotel para que este no pueda fijar un precio más barato en su sitio web que en BOOKING.COM, justificando dicha paridad BOOKING.COM en que, de otro modo, el hotel podría hacer parasitismo desviando el cliente final hacia su sitio web gracias a la publicidad que le otorga BOOKING.COM. Como resultado, esta cláusula impone una limitación muy relevante al hotel a la hora de competir con BOOKING.COM aguas abajo por el cliente final que se realiza bajo una concreta justificación/premisa: evitar el parasitismo.
 - Mientras que el hotel no puede recortar en su sitio web el precio que ha fijado en BOOKING.COM, BOOKING.COM sí puede recortar el precio que el hotel ha fijado en su plataforma (bajo el programa BSB) y, por tanto, fijar un precio más barato que aquel que el hotel ha fijado en su sitio web (por efecto de la paridad estrecha). Esto es, BOOKING.COM sí puede hacer en su plataforma aquello que impide al hotel, dejando vacía la supuesta justificación de la paridad estrecha: el parasitismo. Más bien, teniendo el hotel maniatado por la paridad estrecha, BOOKING.COM puede recortar el precio que el hotel tiene en su sitio web cuando lo considere oportuno.
- (541) De ahí nace el gran desequilibrio en términos de autonomía comercial que sufren los hoteles que contratan con BOOKING.COM (por una obligación de paridad de precios entre BOOKING.COM y su canal directo en línea que tiene que cumplir el hotel, que BOOKING.COM no se aplica a sí misma), a lo cual cabe añadir las amplias cláusulas de exención de responsabilidad en favor de BOOKING.COM, basadas en que el papel de BOOKING.COM es de mero intermediario/agente del hotel, lo cual se cohonestaba difícilmente con la capacidad que se otorga BOOKING.COM de poder modificar unilateralmente una variable comercial tan importante como es el precio.

- (542) **En este sentido, BOOKING.COM no ofrece justificaciones objetivas que contrarresten este abuso sobre los hoteles y sus alegaciones no se pueden acoger.**

6.5.2.1.2.2.1.1.4. Alegaciones adicionales de BOOKING.COM

- (543) BOOKING.COM alega que la cláusula de paridad estrecha solo afecta al canal directo en línea del hotel, está justificada y resulta proporcionada al objetivo que persigue.
- (544) Por lo que se refiere a esta alegación, esta Sala coincide con la DC en que, en este procedimiento, no se cuestiona la cláusula de paridad estrecha en sí misma, sino su empleo simultáneo junto con el programa BSB, por lo que las alegaciones de BOOKING.COM que se dirigen a defender dicha cláusula de forma aislada no responden al ilícito que se le atribuye en este expediente.
- (545) En todo caso, en el presente caso la cláusula de paridad de precios no parece imprescindible pues esta Sala no llega a apreciar la existencia de un vínculo intrínseco entre la actividad principal de BOOKING.COM y la imposición de la mencionada cláusula. Por otro lado, tampoco parece objetivamente necesaria para asegurar la viabilidad económica de BOOKING.COM considerando que BOOKING.COM ha continuado prestando sus servicios en aquellos Estados miembros de la UE donde se le ha prohibido emplear este tipo de cláusulas de paridad de precios. Además, a juicio de este Consejo, BOOKING.COM podría adoptar otros medios alternativos y menos restrictivos para conseguir el objetivo legítimo de impedir el parasitismo, por ejemplo, cobrar a los hoteles una tasa por su inclusión⁴⁸⁶.
- (546) BOOKING.COM alega que, de acuerdo con el Estudio de Mercado de la CE (en su tabla 13), solo se vería afectado el 18% de las ventas de los hoteles independientes situados en España (incluso menos si se tuviera en cuenta que, dentro de estas ventas, se incluirían los programas de fidelización de los hoteles, que no están cubiertos por la paridad). BOOKING.COM censura que la DC mantenga, por un lado, que el canal directo de los hoteles no forma parte del mercado y, por otro lado, asuma que existe competencia entre estos canales para que su teoría del daño funcione.

⁴⁸⁶ Este análisis es coherente con las conclusiones del AG Sr. Collins de 6 de junio de 2024 en relación con la petición de una decisión prejudicial planteada por el *Rechtbank Amsterdam* (Tribunal de Primera Instancia de Ámsterdam) vinculada a un procedimiento iniciado el 23 de octubre de 2020 por BOOKING.COM por el que solicitó a dicho Tribunal que declarara que sus cláusulas de paridad de precios no infringían el artículo 101 del TFUE (apartado 48).

- (547) Por lo que se refiere a esta alegación, que el canal directo en línea del hotel suponga alrededor del 18% de las ventas de los hoteles independientes situados en España (según datos del Estudio de Mercado de la CE), apunta al hecho de que la práctica abusiva de BOOKING.COM (cláusula de paridad estrecha junto con la política de BOOKING.COM por la que puede modificar unilateralmente y a la baja el precio final del hotel) tiene un impacto nada desdeñable sobre la política comercial de los hoteles situados en España. En este sentido, no cabe apreciar contradicción, como sostiene BOOKING.COM, entre la definición de mercado y la teoría del daño. La desproporción en la conducta explotativa existe en la medida en que BOOKING.COM impone al hotel una condición desfavorable para el hotel (paridad de precios estrecha), que no se aplica a sí misma (posibilidad de modificar unilateralmente y a la baja el precio final del hotel en el sitio web de BOOKING.COM), con el resultado de que el hotel se ve perjudicado seriamente a la hora de competir aguas abajo con BOOKING.COM en el mercado minorista.
- (548) BOOKING.COM ha alegado en el procedimiento que la asimetría entre la cláusula de paridad estrecha y la aplicación del programa BSB por parte de BOOKING.COM no resulta clara porque los hoteles *“son los únicos encargados de fijar sus precios y su estrategia de precios en la plataforma de Booking.com”*. Además, *“los hoteles pueden reducir sus precios en el canal directo online aumentando los descuentos ofrecidos a los miembros de sus programas de fidelización, que no están cubiertos por la cláusula de paridad estrecha”*.
- (549) Esta alegación de BOOKING.COM no es completamente cierta pues BOOKING.COM se reserva la posibilidad de modificar el precio final del hotel dentro del sitio web de BOOKING.COM, bajo el programa BSB (hecho acreditado 5.3). Además, el hecho de que las tarifas en línea del hotel bajo un programa de fidelización queden fuera de la aplicación de la paridad estrecha no impide que esta paridad despliegue sus efectos sobre el grueso del canal directo en línea del hotel, que viene dado por las ventas fuera del programa de fidelización.
- (550) BOOKING.COM sigue censurando⁴⁸⁷ en sus alegaciones a la PR, que ésta no compare la supuesta asimetría con un “punto de referencia” que se sepa justo (no explotativo), como ocurre con los precios excesivos, para poder considerar dicha asimetría como abusiva de carácter explotativo. BOOKING.COM considera que este punto de referencia es una situación en la que ni

⁴⁸⁷ Ya lo hacía en sus alegaciones al PCH (folios 5569 y 5570 -versión confidencial- y folio 5661 -versión no confidencial-).

BOOKING.COM ni el hotel tienen flexibilidad para fijar precios inferiores al precio de venta acordado.

- (551) Por lo que se refiere a esta alegación, esta Sala considera que se ha cumplido con el estándar legal en la medida en que nos encontramos con una conducta explotativa que no versa sobre un precio excesivo (que se prestaría fácilmente a la comparación citada por BOOKING.COM), sino sobre otras condiciones comerciales que conjuntamente suponen un grave desequilibrio en perjuicio del hotel a la hora de competir aguas abajo en el mercado minorista. Concretamente, el PCH muestra la desproporción que supone
- la obligación que tiene el hotel de no rebajar en su sitio web el precio que fija en BOOKING.COM (paridad estrecha),
 - mientras que BOOKING.COM puede contractualmente reducir el precio que fija el hotel en BOOKING.COM y, por ende, fijar un precio por debajo de aquél que el hotel fija en su sitio web (programa BSB),
 - todo ello unido a las cláusulas de las GDT que establecen que BOOKING.COM es un mero intermediario, que no fija el precio de las habitaciones, y que, por ello, está exonerado de cualquier responsabilidad por lo que suceda en la prestación del servicio.
- (552) Esta conjunción de condiciones comerciales configura un escenario lo suficientemente desproporcionado, que quiebra la bilateralidad, con efectos en la capacidad de competir del hotel aguas abajo con su canal directo en línea en el mercado minorista.
- (553) En este sentido, BOOKING.COM no explicita por qué el punto de referencia que sugiere para el análisis del carácter explotativo (BOOKING.COM y el hotel no tienen flexibilidad para fijar precios inferiores al precio de venta acordado) resulta más apropiado o permite demostrar que no existe explotación de los hoteles. Como se ha razonado previamente (párrafo (540)), el abuso explotativo se ha de evaluar por sus efectos directamente sobre la parte afectada, el hotel (y no los consumidores finales, que se encuentran en un mercado aguas abajo) y, en el presente caso, se ha puesto de manifiesto que BOOKING.COM ha impuesto una condición (paridad estrecha de precios) bajo una justificación (evitar el parasitismo del hotel fijando un precio más bajo en su sitio web que en BOOKING.COM), permitiéndose a sí misma poder rebajar el precio final del hotel en BOOKING.COM (programa BSB), pudiéndolo situar cuando estime conveniente, por debajo del precio que el hotel tiene en su sitio web (que no puede mover por debajo del que ha fijado en BOOKING.COM). En otras palabras, a raíz de las cláusulas de las GDT, el hotel no puede competir en precio con su canal directo con BOOKING.COM a nivel minorista (paridad estrecha),

pero BOOKING.COM sí puede competir con el canal directo del hotel que emplea sus servicios (programa BSB), dejando vacía de contenido la justificación de BOOKING.COM para imponer la paridad estrecha.

- (554) **Por todo ello no pueden acogerse las alegaciones de BOOKING.COM a este respecto.**

6.5.2.1.2.2.1.1.5. Conclusión sobre la asimetría en la aplicación de la cláusula paridad de precios

- (555) En atención a lo anterior, esta Sala considera que BOOKING.COM, sobre quien, por su posición dominante, recae una responsabilidad especial de no perjudicar con su conducta la competencia efectiva y no falseada, se permite una política generalizada por la que puede modificar unilateralmente y a la baja el precio final del hotel, a la vez que le impone una cláusula de paridad de precios estrecha y una exención de responsabilidad en relación con la reserva hotelera intermediada (en tanto que se define como mero agente o intermediario). Con ello incurre en la **imposición de condiciones inequitativas a los hoteles situados en España, constitutivas de un abuso explotativo de una posición dominante**, que ha tenido lugar desde al menos el 30 de abril de 2019 (dado que en dicho mes se introdujo el programa BSB en España, estando ya en vigor la cláusula de paridad de precios estrecha para los hoteles) hasta, en principio, julio de 2024⁴⁸⁸). Esto adicionalmente dificulta la presión competitiva que pueden ejercer los hoteles aguas abajo (a través de su canal de ventas propio) rebajando sus propios precios.

6.5.2.1.2.2.1.2. Versión vinculante en inglés de las GDT, ordenamiento jurídico aplicable a las GDT y los tribunales competentes en caso de conflicto entre las partes acerca de las GDT

6.5.2.1.2.2.1.2.1. Imposición de un operador dominante a sus socios comerciales

- (556) Como se recoge en el hecho acreditado 5.1, la gran mayoría de los hoteles situados en España que contratan los servicios de intermediación de reservas en línea de BOOKING.COM firman para ello un contrato de adhesión, siendo BOOKING.COM un operador dominante (sección 6.5.2.1.1.2).
- (557) En las llamadas GDT que forman parte del contrato de adhesión entre BOOKING.COM y un hotel situado en España, figuran dos cláusulas que, a juicio

⁴⁸⁸ Al respecto, el 23 de mayo de 2024, BOOKING.COM presentó un escrito ante la CNMC (folio 7475) en el que indicaba su voluntad implementar **[CONFIDENCIAL WEB]** a partir del 1 de julio de 2024 (folios 6252 a 6256). En particular, BOOKING.COM se comprometió, entre otros cambios, a eliminar “los requisitos de paridad estrecha de los acuerdos con todos los alojamientos ubicados en España”.

de esta Sala, constituyen un abuso de posición de dominio explotativo, por parte de BOOKING.COM, consistente en la imposición de condiciones inequitativas. Estas cláusulas son:

- la imposición a los hoteles situados en España de la versión inglesa de las GDT como la versión oficial, vinculante, prevalente, concluyente, y única invocable legalmente interna y externamente (cláusula 12.6 de las GDT⁴⁸⁹, detallada en el hecho acreditado 5.4), por lo que prevalece sobre las traducciones de cortesía de las mismas que proporciona BOOKING.COM y las excluye como fuente de ningún derecho; y
- la imposición del ordenamiento jurídico de los Países Bajos como aplicable a las GDT, así como de los tribunales de los Países Bajos en caso de conflicto entre el hotel situado en España y BOOKING.COM (cláusula 10.1 de las GDT,⁴⁹⁰ detallada en el hecho acreditado 5.5), excluyendo, por tanto, que los hoteles situados en España puedan invocar la aplicación de la legislación española o someter sus diferencias a los tribunales españoles.

6.5.2.1.2.2.1.2.2. Condiciones desfavorables a los intereses del socio comercial o de terceros

(558) La imposición de las dos cláusulas contractuales señaladas previamente restringe severamente las posibilidades de los hoteles situados en España a la hora de hacer valer sus derechos frente a BOOKING.COM, a tenor de que:

- un hotel situado en España tiene que conocer bien el idioma inglés, dado que este es el idioma en el que:
 - o está redactada la documentación contractual vinculante para el mismo, y
 - o se dilucidarán los procedimientos legales como, por ejemplo, el mecanismo interno de quejas y la mediación, de acuerdo con la mencionada cláusula 12.6 de las GDT.
- en caso de controversia y conflicto entre las partes, resulta aplicable el Derecho de los Países Bajos y, además, el hotel tiene que acudir a tribunales en los Países Bajos, teniendo en cuenta que:
 - o un hotel situado en España tiene que incurrir en gastos relativamente más elevados para ello que BOOKING.COM, que tiene su sede en dicho país;

⁴⁸⁹ Folio 1980.

⁴⁹⁰ Folio 1977.

- en cambio, BOOKING.COM cuenta con oficinas y plantilla en España (vid. párrafos (28) y (211)), mientras que un hotel situado en España, por lo general, no tiene implantación en los Países Bajos.
- (559) Obsérvese, asimismo, la asimetría de trato de BOOKING.COM hacia los hoteles situados en España: mientras que BOOKING.COM atiende comercialmente en castellano a los hoteles situados en España desde equipos también situados en España, donde cuenta con un número nada desdeñable de empleados (vid párrafo (211)), BOOKING.COM impone:
- el inglés como idioma de la versión vinculante de las GDT y de los procedimientos legales que se deriven de las mismas;
 - el Derecho de los Países Bajos y los tribunales de este país en caso de conflicto en relación con las GDT.
- (560) Dos elementos adicionales abonan el carácter inequitativo de las cláusulas señaladas:
- la posición relativa de las partes en la transacción:
 - la gran mayoría de los hoteles situados en España que emplean los servicios de BOOKING.COM son independientes (i.e., cuentan con un solo establecimiento, véase el párrafo (466)), los cuales muestran una dependencia respecto BOOKING.COM más acentuada que en el caso de cadenas hoteleras; y
 - la fuerte posición dominante de BOOKING.COM en los servicios de intermediación de reservas a hoteles situados en España (véase sección 6.5.2.1.1.2).
 - en relación con lo anterior, el volumen de ingresos de BOOKING.COM derivados de servicios de intermediación de reservas a hoteles situados en España (Tabla 6) confiere a BOOKING.COM recursos financieros muy superiores respecto a los hoteles situados en España.

6.5.2.1.2.2.1.2.3. Restricciones innecesarias o desproporcionadas

- (561) A juicio de esta Sala, las cláusulas descritas no son necesarias para alcanzar un objetivo legítimo (como podría ser la propia protección jurídica de BOOKING.COM) y son desproporcionadas en tanto van más allá de lo estrictamente necesario.

6.5.2.1.2.2.1.2.4. Alegaciones de BOOKING.COM

- (562) BOOKING.COM disiente⁴⁹¹ de que pueda considerarse un abuso de posición de dominio la imposición a los hoteles situados en España de la versión inglesa de las GDT como vinculante, del ordenamiento jurídico neerlandés como aplicable a las GDT, y de los tribunales competentes de Ámsterdam, Países Bajos, en caso de conflicto en relación con las GDT.
- (563) Como consideración preliminar, BOOKING.COM señala que dichas condiciones no han sido consideradas problemáticas por
- el legislador de la UE, dado que el Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea (Reglamento P2B) no aborda dichas cuestiones;
 - el orden jurisdiccional civil, dado que el TS habría señalado que las condiciones generales incluidas en los contratos de adhesión entre operadores profesionales tienen el mismo régimen jurídico que las cláusulas negociadas.⁴⁹²
- (564) Esta alegación de BOOKING.COM no afecta a la valoración, desde el punto de vista de la legislación de competencia, de las cláusulas controvertidas del GDT que suscriben los hoteles situados en España que deseen contratar los servicios de intermediación. Las normas señaladas por BOOKING.COM protegen bienes jurídicos distintos a los del Derecho de la competencia, por lo que la supuesta legalidad de dichas cláusulas desde otro ámbito del derecho no impide que puedan infringir la normativa de competencia. De hecho, el propio Código Civil español, en su artículo 1255, señala como uno de los límites de las cláusulas negociadas, que no sean contrarias a la ley, lo cual, por definición, incluye la legislación de competencia.
- (565) **Por todo ello no puede acogerse la alegación de BOOKING.COM sobre que no puede considerarse un abuso de posición de dominio la imposición a los hoteles situados en España de las cláusulas controvertidas de las GDT.**
- (566) A continuación, BOOKING.COM realiza alegaciones diferenciadas en función de la condición considerada abusiva por la PR, motivo por el cual se abordarán separadamente estas alegaciones.

⁴⁹¹ Alegaciones a la PR (folios 7028 a 7037 -versión confidencial-, y folios 7150 a 7158 -versión no confidencial).

⁴⁹² Sentencia del TS nº 227/2015, de 30 de abril.

Sobre el carácter vinculante de la versión inglesa de las GDT

- (567) BOOKING.COM alega que el hecho de que la versión vinculante de las GDT sea en inglés constituye una práctica necesaria y proporcionada, que suele redundar en beneficio de ambas partes del acuerdo.
- (568) Por una parte, BOOKING.COM sostiene que el inglés es una lengua común en los negocios, especialmente en el turismo, y que las GDT son claras, precisas y transparentes, por lo que los hoteles que se dedican al turismo pueden fácilmente conocerlas.
- (569) En apoyo de su pretensión BOOKING.COM cita el auto 203/2016, de 13 de enero, del Tribunal Supremo, en el que se inadmitía a trámite un recurso de casación en el orden civil, respecto del cual BOOKING.COM señala literalmente⁴⁹³ (énfasis añadido):

“En su Auto 203/2016, el Tribunal Supremo desestimó un recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, recurso 25/2014. En concreto, la Audiencia había declarado que: (i) las cláusulas no negociadas entre profesionales legalmente pueden incluir una elección del foro aplicable; y (ii) establecer como vinculante la versión en lengua inglesa de las condiciones generales entre profesionales del sector hotelero no es abusivo, ya que los hoteles son “sin duda” capaces de entender un contrato tipo en inglés. El Tribunal Supremo desestimó el recurso debido, principalmente, a que ya existía una jurisprudencia consolidada en esta materia.”

- (570) Por otra parte, BOOKING.COM sostiene que, junto con la versión inglesa, se pone a disposición de las partes una traducción al español de gran calidad, por lo que no prevé discrepancias entre ambas versiones. Añade BOOKING.COM que es necesario que la versión vinculante sea en inglés para proporcionar seguridad jurídica a ambas partes del contrato, pues se trata de un negocio global y las GDT se aplican a un número muy elevado de alojamientos en todo el mundo. En este sentido BOOKING.COM subraya que muchos socios son también internacionales y se ven beneficiados por esta práctica y por la seguridad jurídica que comporta.
- (571) Por lo que se refiere a estas alegaciones de BOOKING.COM relativas al carácter vinculante de la versión inglesa de las GDT, esta Sala no cuestiona que en el sector del turismo sea habitual el uso del inglés. Tampoco cuestiona, en el marco del presente procedimiento, que las GDT sean claras, precisas y transparentes. De hecho, es una obligación, de acuerdo con el artículo 3 del Reglamento P2B, que las condiciones generales de los proveedores de servicios de intermediación

⁴⁹³ Nota al pie 115, vinculada al párrafo 196 de su escrito de alegaciones a la PR.

en línea estén redactadas de manera sencilla y comprensible y se encuentren fácilmente disponibles para los usuarios profesionales.

- (572) Lo que se imputa en este procedimiento es que el contrato vinculante sea en inglés y que los procedimientos legales que deriven de las GDT (incluidos los internos de resolución de conflictos y mediación) se lleven a cabo también en inglés, pues ello impone a los establecimientos hoteleros la obligación de conocer bien el idioma inglés para hacer valer sus derechos. Esta imposición resulta particularmente asimétrica, dada la estructura de la oferta hotelera en España y puesto que BOOKING.COM cuenta con equipos sitos en España que atienden en castellano a los hoteles.
- (573) Por lo que respecta al auto 203/2016 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo⁴⁹⁴ citado por BOOKING.COM, el mismo no menciona lo que BOOKING sostiene, primero en sus alegaciones al PCH y luego en sus alegaciones a la PR. Corresponde aclarar, en primer lugar, que el auto en cuestión inadmite el recurso de casación interpuesto contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante sobre un juicio ordinario por reclamación de una cantidad inferior a 600.000 euros en relación con un contrato de alojamiento hotelero. El recurso de casación en cuestión aducía que se había infringido la jurisprudencia relativa a la validez de una cláusula de sumisión expresa a los tribunales de Inglaterra y a la condena a costas.
- (574) En lo relativo a las cláusulas de sumisión expresa a otra jurisdicción, el auto del TS inadmitió el recurso por falta de interés casacional, puesto que la recurrente alegaba jurisprudencia relativa a consumidores y usuarios, y, en tanto la normativa de consumidores y usuarios no es aplicable a la contratación entre profesionales, una decisión del TS al respecto hubiera carecido de consecuencias para la resolución del conflicto⁴⁹⁵. Por tanto, el TS no entra en el

⁴⁹⁴ ECLI:ES:TS:2016:203^a, Recurso de Casación núm. 1014/2014

⁴⁹⁵ El fundamento de derecho segundo de esta sentencia establece literalmente:

*“Pues bien, el recurso de casación ha de ser totalmente inadmitido, pese a las alegaciones de la parte recurrente a la providencia de 11-11-2015; en cuanto al motivo primero, porque incurre en la causa de inadmisión de inexistencia del interés casacional, porque la alegación de oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo carece de consecuencias para la decisión del conflicto, atendida la ratio decidendi [fundamento de la decisión] de la sentencia recurrida (art 483.2.2º en relación con el art. 481.1 y 487.3 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892)), y esto porque **las sentencias que pretenden justificar el interés casacional, se refieren a consumidores y usuarios, y en este caso la contratación ha sido entre empresas**, y la sentencia recurrida fundamenta su decisión en que **la Ley 7/1998 sobre condiciones generales de contratación** no exige que las cláusulas sean firmadas expresamente por las partes, limitándose en su art. 5 a que sean aceptadas mediante la firma del contrato donde conste la incorporación de la condiciones en el mismo, que la cláusula es*

fondo del asunto y solo hace alusión a la conclusión de la sentencia recurrida, que analizaba la aplicabilidad del artículo 23 del Reglamento 44/2001 y de la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación (LCGC), en una controversia del todo distinta a la aplicación de la normativa de defensa de la competencia.

- (575) En cuanto al artículo 23 del Reglamento 44/2001, el mismo indica las condiciones que han de darse, con carácter general, en los acuerdos atributivos de competencia. Esta Sala no cuestiona, en el presente expediente, la adecuación al artículo 23 del Reglamento 44/2001, de la cláusula de atributiva de competencia contenida en las condiciones generales de BOOKING.COM, ni tampoco la adecuación de los términos y condiciones a lo establecido en la LCGC. En efecto, si bien la LCGC es aplicable también a las condiciones generales contenidas en contratos entre profesionales, el artículo 8.2 de la misma, que establece la nulidad de las cláusulas abusivas, tan solo se aplica a los contratos celebrados con un consumidor⁴⁹⁶ y no es, por tanto, aplicable a la contratación entre profesionales y, por ende, a los contratos entre BOOKING.COM y establecimientos hoteleros radicados en España. De hecho, en la exposición de motivos de la LCGC se indica:

“El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual.

Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante.” (énfasis propio)

*válida, pues se trata de una condición general incorporada en un contrato entre empresarios profesionales, y se ha de tomar en consideración para analizar esa validez el art. 23 del **Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000**, no la norma nacional, requisitos que cumple, y se descarta su abusividad porque está en una relación entre profesionales, no consumidores, e incluso aunque fuera un contrato de adhesión, el contrato firmado contiene una llamada a esas condiciones generales, el idioma del contrato es el inglés por consentimiento de las partes, y aunque existe una dificultad física de lectura, por superposición de líneas, la cláusula es clara y precisa, y la atribución genérica de la competencia a los tribunales ingleses, es adecuada según el Reglamento, por lo que la sentencia recurrida no se opone a las sentencias que la parte cita para justificar el interés casacional, por lo cual el interés casacional alegado es artificioso, y por ello inexistente.”* (énfasis añadido)

⁴⁹⁶ El tenor del artículo 8.2 de la LCGC establece que “serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.”

- (576) Por lo que respecta al artículo 7 de la LCGC, el mismo establece la no incorporación al contrato de las “*condiciones ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles*”.
- (577) Corresponde aclarar, en segundo lugar, que las referencias al conocimiento del inglés por parte de los profesionales del sector del turismo, que según el escrito de alegaciones de BOOKING “menciona” el auto del TS, no se encuentran en el auto del TS. Tales manifestaciones se encuentran, en cambio, en la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida⁴⁹⁷.
- (578) En el presente expediente ha quedado claro, desde un primer momento, que, de acuerdo con las GDT, la competencia para conocer de los conflictos entre BOOKING.COM y los establecimientos hoteleros situados en España corresponde a los tribunales neerlandeses (véase el hecho acreditado 5.5). En todo caso, no resultaría aplicable a la contratación entre BOOKING.COM y los establecimientos hoteleros sitos en España objeto del expediente de referencia la normativa de defensa de los consumidores y la jurisprudencia correspondiente, pues la misma no es aplicable a las relaciones contractuales entre profesionales. Asimismo, ha de recordarse que lo que aquí se analiza es la conducta de un operador dominante que está sujeto, de acuerdo con la jurisprudencia, a una especial responsabilidad⁴⁹⁸ que ha de apreciarse a la luz

⁴⁹⁷ **ECLI:** ECLI:ES:APA:2014:152. Esta sentencia de la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación contra la sentencia del juzgado de primera instancia y estableció que la competencia para conocer del asunto controvertido correspondía a los tribunales británicos, de acuerdo con las condiciones generales del contrato entre las partes. Su fundamento jurídico cuarto establece:

Se trata de una redacción típica, sin subterfugios ni uso de un lenguaje que dificulte su comprensión. No contiene giros ni frases subordinadas que [sic] pudieran o indujeran (sic) una interpretación sobre su sentido e incluso es de sencilla traducción con un mínimo dominio del idioma inglés que no tenemos duda, se posee por quien tiene por objeto negocial el turismo a través de la prestación de servicios de hostelería, valiéndose habitualmente para su desarrollo de concertaciones con operadores británicos.

Por tanto, si afirmamos que la cláusula es clara y precisa, lo que debemos afirmar también es que el sentido de la cláusula ha de obtenerse a partir de su contenido literal. Y recuérdese que en materia de interpretación de los contratos, es doctrina jurisprudencial -STS de 17 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 1553)- que

“...ostenta rango prioritario la del primer párrafo del artículo 1.281 CC (LEG 1889, 27), referente a la interpretación literal, de manera que si la claridad de los términos de un contrato no dejan duda sobre cual fue la intención de las partes, no entran en juego las contenidas en los artículos siguientes, que vienen a funcionar con un carácter subsidiario respecto de aquella”.

⁴⁹⁸ Véase el párrafo 84 de la STJUE de 17 de febrero de 2011, TeliaSonera, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83:

“A este respecto, procede subrayar que el artículo 102 TFUE no contiene ninguna indicación explícita sobre exigencias relativas a la localización del abuso en el mercado de los productos.

de las circunstancias del caso (cuotas de mercado superiores al 70% y estables, altas barreras de entrada, limitado poder compensador de la demanda y peso de las OTAS en los hoteles independientes), de suerte que comportamientos lícitos para otros operadores pueden resultar abusivos y, por tanto, ilícitos cuando los lleva a cabo un operador dominante, no constituyen un modo de competir por sus méritos y son aptos para restringir la competencia.

- (579) Por todo lo anterior esta Sala considera que el auto en el que BOOKING.COM apoya su pretensión ni sostiene que no pueda ser abusivo el empleo del inglés en la contratación en el sector turístico, ni es aplicable a este caso.
- (580) Por otra parte, en la medida en que BOOKING.COM alega que las traducciones que emplea son de gran calidad y que no espera que haya ninguna divergencia entre las versiones inglesa y española, no sería significativamente costoso para BOOKING.COM que fuese vinculante la versión en castellano de las GDT. Así, no se considera que sea objetivamente necesario y proporcionado hacer vinculante la versión inglesa. En efecto, el mero hecho de que facilite la gestión interna de BOOKING.COM poder operar únicamente en inglés por tener un número elevado de clientes a nivel mundial no justifica que imponga a sus socios comerciales la versión inglesa del contrato como vinculante, a pesar de disponer de una traducción al español que, de acuerdo con las alegaciones de BOOKING.COM, es de calidad, por lo que no son esperables divergencias.
- (581) A ello cabe sumar, tal y como se ha señalado anteriormente (vid. párrafo (211)), el hecho de que el grupo Booking Holdings (al que pertenece BOOKING.COM) cuenta con una filial en España, Bookings Hispánica, S.L., que aglutina los equipos comerciales que prestan servicios de apoyo a BOOKING.COM llevando las relaciones con los hoteles ubicados en España, con diversas oficinas en la geografía española, equipos que llevan lógicamente dicha relación con los hoteles en español.
- (582) Imponer como vinculante la versión inglesa del contrato dificulta la capacidad de hacer valer sus derechos a los hoteles sitios en España, pues requiere que los mismos tengan un conocimiento profundo del inglés para comprender el alcance

De este modo, el ámbito de aplicación material de la especial responsabilidad que pesa sobre una empresa dominante debe apreciarse a la luz de las circunstancias específicas de cada caso, que demuestren que la competencia está debilitada (sentencia Tetra Pak/Comisión, antes citada, apartado 24).

En este mismo sentido la Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2021, Google Shopping, asunto T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763, en el párrafo 165 estableció que *“el ámbito de aplicación material de la especial responsabilidad que pesa sobre una empresa dominante debe apreciarse a la luz de las circunstancias específicas de cada caso que demuestren que la competencia está debilitada”*.

de los derechos y obligaciones del contrato y poder dilucidar los mecanismos de resolución de conflictos aplicables. El hecho de que, para una fracción de los establecimientos hoteleros situados en España, que corresponden a grandes grupos internacionales, ello no suponga un obstáculo relevante no implica que la conducta no sea concretamente apta para distorsionar la competencia, puesto que existen más de 16.000 establecimientos hoteleros en España y se trata de un sector, en general, atomizado en el que la mayoría de los establecimientos no pertenecen a grandes cadenas internacionales (véase el párrafo (466)).

- (583) **Por todo ello no puede acogerse la alegación de BOOKING.COM sobre que no puede considerarse un abuso de posición de dominio la imposición a los hoteles situados en España de la versión inglesa de las GDT como vinculante.**

Sobre la legislación y foro aplicable a las GDT

- (584) BOOKING.COM considera que el hecho que la legislación aplicable a las GDT sea la de los Países Bajos y que el foro de las mismas sean los tribunales de Ámsterdam no resulta abusivo, por los motivos que se exponen seguidamente.
- (585) Por una parte, BOOKING.COM alega que trata de resolver las reclamaciones de forma amistosa, para lo cual pone a disposición de los usuarios profesionales un canal interno de resolución de disputas que resuelve la mayoría de los conflictos y que, en la medida de lo posible, trata de prestar asistencia en idioma local. Añade que, si el sistema interno de reclamaciones no resulta exitoso, BOOKING.COM está dispuesto a recurrir a un sistema de mediación en el cual BOOKING.COM corre con un 50% de los costes. Finalmente, señala que el litigio es solo un último recurso.
- (586) Por otra parte, BOOKING.COM alega que el foro de los tribunales de Ámsterdam no ha supuesto *de facto* ningún impedimento para los usuarios profesionales españoles, pues [**CONFIDENCIAL**]. Considera la alegante que, si la elección de ley y foro fuese realmente abusiva con respecto a los usuarios profesionales españoles, cabría observar una litigiosidad comparativamente mayor en Países Bajos, pero no es el caso. En este sentido, BOOKING.COM había sostenido en sus alegaciones al PCH que *“tanto la elección del foro como de la ley en los contratos entre empresas han sido validadas por la jurisprudencia pertinente”*⁴⁹⁹ citando
- el mencionado auto 203/2016 de 13 de enero y concretamente un fragmento de su fundamento segundo (vid *supra* párrafo (569)) y

⁴⁹⁹ Folios 5577 y 5578.

- la decisión de la autoridad de competencia alemana en el asunto B2-88/18, por la que cierra de modo convencional un expediente contra Amazon cuyo foco eran las condiciones que habían de suscribir los comercios situados en Alemania para poder vender a través de Amazon Marketplace. Como resultado, Amazon se comprometió a aceptar el foro nacional del comercio en determinados casos, si bien la ley luxemburguesa continuaría siendo aplicable a la relación contractual entre las partes. De acuerdo con el resumen de la decisión provisto por la autoridad alemana de competencia, este resultado se alcanzó porque

*“Amazon puede alegar razones objetivas en relación con la aplicación obligatoria de la legislación luxemburguesa, a saber, que deben existir condiciones jurídicas uniformes para los comerciantes en todos los mercados europeos de Amazon. Además, un cambio posterior de la ley aplicable sería problemático en el caso de relaciones contractuales en curso y no favorecería la seguridad jurídica” (traducción de BOOKING.COM).*⁵⁰⁰

- (587) En sus alegaciones a la PR, BOOKING.COM reprocha que la DC descarte la aplicabilidad del Auto 203/2016 a este caso, por el simple hecho de no ser *“vinculante para la DC en lo relativo a sus repercusiones jurídicas (civiles)”*⁵⁰¹, aduciendo que ella nunca había pretendido que lo fuera. Sin embargo, esta Sala entiende que el verdadero motivo por el que la DC no tiene en cuenta este Auto en el sentido propuesto por BOOKING.COM es porque (i) en este procedimiento no se está juzgando la validez privada de unas cláusulas contractuales de elección de foro y (ii) porque el Tribunal Supremo no confirma la sentencia de la Audiencia Provincial, sino que inadmite el recurso por falta de interés casacional.
- (588) Asimismo, en sus alegaciones a la PR, BOOKING.COM también cuestiona la validez de este precedente alemán que ella misma citaba en su escrito de alegaciones al PCH⁵⁰². En particular, BOOKING.COM sostiene ahora que el asunto B2-88/18, tramitado por la autoridad alemana de competencia y finalizado mediante terminación convencional, no es un precedente válido para considerar que la falta de transparencia de las condiciones aplicadas por Amazon a los vendedores podía ser abusiva. Por lo que entendemos que habrá dejado de ser válido, también para justificar el carácter no abusivo de elegir como ley aplicable

⁵⁰⁰ Páginas 2 y 3 del resumen en inglés provisto por la autoridad de competencia alemana de la decisión por la que cerraba de modo convencional el expediente, sujeto a unos compromisos por parte de Amazon. El texto de este resumen en inglés se encuentra disponible en https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufricht/2019/B2-88-18.pdf?__blob=publicationFile&v=5

⁵⁰¹ Folio 7030.

⁵⁰² Folios 7049 y 7050.

el derecho de un país extranjero, como BOOKING.COM afirmaba en sus alegaciones al PCH.

- (589) En todo caso, esta Sala considera procedente indicar que en este expediente no se cuestiona el hecho de que BOOKING.COM disponga de mecanismos internos de resolución de disputas ni de sistemas de mediación. En este sentido, no cabe olvidar que se trata de obligaciones impuestas por el mencionado Reglamento P2B a los proveedores de servicios de intermediación en línea, de acuerdo con sus artículos 11 (sobre el sistema interno de tramitación de reclamaciones) y 12 (sobre la mediación). Tampoco se cuestiona el tiempo que tarda BOOKING.COM en tramitar las reclamaciones, tiempo que, de acuerdo con el citado artículo 11, ha de ser “razonable”. Y tampoco se está analizando aquí si los mecanismos de resolución de disputas de Booking se adoptaron con anterioridad al Reglamento P2B o como consecuencia del mismo, en contra de lo que alega BOOKING.COM en sus alegaciones a la PR.
- (590) No obstante, resulta cuestionable la aseveración de BOOKING.COM según la cual el foro de los tribunales de Ámsterdam no ha supuesto *de facto* ningún impedimento para los usuarios profesionales españoles. Uno de los denunciantes, la AEDH, ha señalado en su escrito de alegaciones al PCH (y reiterado en sus alegaciones a la PR⁵⁰³ y durante la celebración de la vista ante este Consejo⁵⁰⁴) cómo el hecho de que sus asociados tengan que acudir a mediadores designados por BOOKING.COM situados en los Países Bajos sometiendo a la normativa neerlandesa es una vía que les resulta penosa y desaconsejable, bajo las condiciones en que este sistema de mediación está configurado.⁵⁰⁵ Si el denunciante no encuentra ni aconsejable emplear el sistema de mediación de BOOKING.COM en los Países Bajos sometido a la legislación neerlandesa, otro tanto cabe predicar de tener que someterse a los tribunales de Ámsterdam bajo la legislación neerlandesa, habida cuenta, además, de que el denunciante suscribe íntegramente la valoración técnico-jurídica que la DC realizó de los hechos en el PCH.⁵⁰⁶
- (591) Los extremos puestos de manifiesto por la AEDH que se acaban de mencionar permiten, asimismo, mostrar la falta de fundamento de BOOKING.COM a la hora de aseverar que no se ha probado que la elección de la lengua inglesa, la legislación y el foro incluidos en las GDT haya afectado, al menos potencialmente, a los hoteles situados en España, impidiendo el ejercicio de sus

⁵⁰³ Folios 6944 a 6946.

⁵⁰⁴ Véase el minuto 49:42 de la intervención del representante de la AEHM en el marco de la vista oral celebrada el 7 de mayo de 2024 en la sede de la CNMC (folio 7463).

⁵⁰⁵ Folios 5510 y 5511.

⁵⁰⁶ Folio 5511.

derechos. De hecho, el que BOOKING.COM [**CONFIDENCIAL**] puede interpretarse de modo radicalmente opuesto a cómo lo hace BOOKING.COM: lo arduo y desaconsejable, utilizando la expresión de la AEDH, que resulta para un hotel pequeño e independiente situado en España acudir a los tribunales de Ámsterdam, bajo legislación neerlandesa, utilizando la lengua inglesa, a dirimir sus conflictos comerciales en España con BOOKING.COM.

- (592) En cuanto a la decisión de la autoridad alemana en el asunto Amazon, como la propia BOOKING.COM reconoce en su escrito de alegaciones a la PR (vid párrafo (588) de esta resolución) se trata de una terminación convencional, por lo que en puridad no existe un pronunciamiento sobre si Amazon infringe o no la legislación de competencia alemana o comunitaria al exigir el foro de los tribunales de Luxemburgo o la aplicabilidad del Derecho luxemburgués. En cualquier caso, resulta ilustrativo que Amazon se comprometiese con la autoridad de competencia alemana a no someter los conflictos exclusivamente a la jurisdicción luxemburguesa. Concretamente, de acuerdo con el resumen de la decisión (traducción propia)

“hasta ahora los vendedores que quisieran emprender acciones contra Amazon estaban obligados a interponer recursos en Luxemburgo a través de abogados locales porque Luxemburgo era el único tribunal con jurisdicción en los términos y condiciones generales para mercados en línea europeos”. Añade el resumen que “Amazon ha abandonado esta exclusividad de jurisdicción” y que “a la autoridad le preocupaba que esto pudiera restringir la capacidad de los vendedores en el mercado electrónico de hacer valer sus derechos contra Amazon recurriendo a los tribunales” pues “esto crearía costes adicionales para los vendedores al tener que contratar abogados luxemburgueses y traducciones”.⁵⁰⁷

- (593) Lo que sí cabe destacar es que aquel expediente alemán y el presente coinciden en analizar el sometimiento de las controversias sobre los términos y condiciones generales a una jurisdicción extranjera, por posible abuso de posición dominante de una plataforma en línea desfavorable para usuarios profesionales de la misma. Además, en ambos casos la conducta estudiada consiste en una imposición de jurisdicción susceptible de mermar la capacidad efectiva de los usuarios profesionales de hacer valer sus derechos frente al operador dominante. Así, en el presente expediente, al someter las controversias a la jurisdicción de los tribunales de Ámsterdam, se obliga a los establecimientos hoteleros sitos en España a contar con servicios de traducción y de abogados neerlandeses, lo cual incrementa el coste de hacer valer sus derechos frente a

⁵⁰⁷ Idem que pie de página anterior.

BOOKING.COM, restringiendo con ello su incentivo y capacidad efectiva de hacerlo.

- (594) En otros términos, la cláusula en virtud de la cual el contrato entre BOOKING.COM y un establecimiento hotelero situado en España se somete a la ley neerlandesa y a la jurisdicción de tribunales de Ámsterdam supone que el establecimiento hotelero ha de informarse sobre el contenido de la legislación neerlandesa y su evolución, para conocer el marco normativo en el que se evaluarán los derechos y obligaciones del contrato y las acciones procesales que pueda emprender. Además, el emprender cualquier acción conllevará un coste añadido significativo en la medida en que los establecimientos hoteleros españoles, salvo alguna excepción puntual, no disponen de presencia en los Países Bajos. Mientras que BOOKING.COM tiene su sede principal en los Países Bajos y conoce la ley neerlandesa, que aplica a todas sus relaciones contractuales. En este contexto, la imposición de la ley y la jurisdicción de los Países Bajos causa un desequilibrio notable entre los derechos y obligaciones de las partes, al incrementar para los establecimientos hoteleros establecidos en España el coste de entablar acciones legales contra BOOKING.
- (595) En ausencia de esta restricción impuesta por BOOKING, sería más sencillo y mucho menos costoso para los establecimientos hoteleros españoles hacer efectivas sus eventuales reclamaciones, pues podrían hacerlo ante la jurisdicción española y, por tanto, habrían tenido un mayor incentivo a emprender acciones legales. A la vista del coste que supondría accionar ante los tribunales de Ámsterdam resulta evidente que estos establecimientos tienen muchos mayores incentivos a resolver las eventuales disputas en el marco del sistema interno de BOOKING.COM de gestión de reclamaciones, en el cual BOOKING.COM es juez y parte. Por este motivo, esta Sala no comparte la conclusión de que la alta tasa de resolución extrajudicial de conflictos de BOOKING.COM sea indicativa de que la conducta considerada abusiva no desincentiva las acciones legales de los establecimientos hoteleros españoles ante los órganos judiciales.
- (596) No es preciso entrar a valorar la aceptación de compromisos en el caso alemán, que, en ningún modo, vincula a la CNMC, ni las razones por las que en aquel asunto concreto la autoridad de competencia alemana acogió la alegación de Amazon relativa a que la ley luxemburguesa era relevante para el negocio y concluyó que sería *“problemático para las relaciones contractuales vigentes y no conducente a seguridad jurídica”* (traducción propia).⁵⁰⁸ No es necesario, por motivos de seguridad jurídica, imponer la obligación extravagante de que las

⁵⁰⁸ Idem que pie de página anterior.

controversias **entre establecimientos hoteleros situados en España, y BOOKING.COM, que cuenta con presencia en España**, se sometan a la ley y jurisdicción neerlandesas, pues puede establecerse con claridad la jurisdicción competente en España en los términos y condiciones. El mero hecho de que imponer la sujeción a la ley y tribunales neerlandeses facilite la gestión de BOOKING.COM no puede considerarse justificación objetiva y suficiente y, en todo caso, sería desproporcionado para alcanzar tal objetivo, pues en el análisis de proporcionalidad han de ponderarse no sólo los intereses de BOOKING.COM, sino también los de los establecimientos hoteleros radicados en España, negativamente afectados por una conducta que en la práctica restringe severamente, como se ha mostrado, las posibilidades de hacer valer sus derechos frente a la plataforma dominante.

- (597) En el presente caso BOOKING.COM no ha demostrado que la sujeción a la ley holandesa sea objetivamente necesaria y proporcionada, ni que pudiera derivarse un perjuicio también que afecte a las relaciones jurídicas de terceros en caso de no imponer la ley neerlandesa en sus relaciones con establecimientos hoteleros situados en España. Como ha establecido reiterada jurisprudencia⁵⁰⁹ corresponde a la parte que las alega probar que concurren justificaciones objetivas que son objetivamente necesarias y proporcionadas, lo cual no ha sido el caso de BOOKING.COM, tal y como se acaba de detallar.

⁵⁰⁹ Véase, entre otros, el párrafo 103 de la STJUE de 12 de mayo de 2022, *Servizio Elettrico Nazionale*, C-377/20, ECLI:EU:C:2022:379.

*“Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 102 TFUE debe interpretarse en el sentido de que una práctica lícita al margen del Derecho de la competencia puede calificarse de «abusiva», en el sentido de esta disposición, cuando es llevada a cabo por una empresa que ocupa una posición dominante, si puede producir un efecto excluyente y si se basa en la utilización de medios distintos de los propios de una competencia basada en los méritos. Cuando concurren estos dos requisitos, **la empresa en posición dominante de que se trate puede, no obstante, eludir la prohibición establecida en el artículo 102 TFUE demostrando que la práctica en cuestión estaba objetivamente justificada y resultaba proporcionada a dicha justificación** o podía verse compensada, o incluso superada, por mejoras de la eficacia que beneficiaban también a los consumidores”* (énfasis añadido).

Véase también el párrafo 41 de la STJUE de 27 de marzo de 2012, *Post Danmark*, C 209/10, ECLI:EU:C:2012:172.

“En particular, esa empresa puede demostrar, a este respecto, bien que su comportamiento es objetivamente necesario (véase, en este sentido, la sentencia de 3 de octubre de 1985, CBEM, 311/84, Rec. p. 3261, apartado 27), bien que el efecto de exclusión que dicho comportamiento entraña puede verse contrarrestado, o incluso superado, por mejoras de la eficacia que benefician también a los consumidores (sentencias de 15 de marzo de 2007, British Airways/Comisión, C 95/04 P, Rec. p. I 2331, apartado 86, y TeliaSonera Sverige, antes citada, apartado 76).”

- (598) **Por todo ello no puede acogerse la alegación de BOOKING.COM sobre que no puede considerarse un abuso de posición de dominio la imposición a los hoteles situados en España de que la legislación aplicable a las GDT sea la de los Países Bajos y que el foro de resolución de sus controversias sean los tribunales de Ámsterdam.**

6.5.2.1.2.2.1.2.5. Conclusión sobre la versión vinculante en inglés de las GDT y el ordenamiento jurídico y foro aplicable

- (599) Es más, si la existencia de cada una de las tres cláusulas resulta abusiva por inequitativa e injustificada, su multiplicidad y **su combinación en los mismos acuerdos agrava la asimetría e inequidad del conjunto, reforzándose mutuamente al blindar tres aspectos objetivamente idóneos para disuadir a los hoteles contrapartes de BOOKING.COM en España de hacer valer sus derechos en un foro neutral, distinto del sistema interno de BOOKING.COM de gestión de reclamaciones, en el que la empresa dominante es juez y parte.** A la luz de lo anterior, esta Sala considera que las cláusulas descritas en esta sección suponen la **imposición de condiciones inequitativas a los hoteles situados en España por parte de BOOKING.COM constitutiva de un abuso explotativo de una posición dominante.** En cuanto a la duración de la conducta, esta ha tenido lugar desde al menos el 1 de enero de 2019 (fecha desde la que consta acreditada la posición dominante de BOOKING.COM en el mercado, estando vigente entonces la conducta) hasta, en principio, julio de 2024⁵¹⁰.

6.5.2.1.2.2.1.3. Falta de transparencia relativa a las ventajas que supone para un hotel la suscripción de los Programas Preferente, Preferente Plus y Genius

6.5.2.1.2.2.1.3.1. Imposición de un operador dominante a sus socios comerciales

- (600) Tal y como reflejan los hechos acreditados 5.10 a 5.13, BOOKING.COM ofrece una mejora del posicionamiento en su clasificación predeterminada de resultados a los hoteles situados en España que decidan participar en ciertos programas cuyos requisitos de acceso y permanencia son impuestos por BOOKING.COM, sin posibilidad de negociación, del mismo modo que las GDT.

⁵¹⁰ Al respecto, el 23 de mayo de 2024, BOOKING.COM presentó un escrito ante la CNMC (folio 7475) en el que indicaba su voluntad implementar **[CONFIDENCIAL WEB]** a partir del 1 de julio de 2024 (folios 6252 a 6256). En particular, BOOKING.COM se comprometió, entre otros cambios, a modificar “*las Condiciones Generales de Venta (General Delivery Terms o “GDTs”) aplicables a los alojamientos situados en España para que (i) estén sujetas a la jurisdicción de los tribunales españoles; (ii) estén sujetas a la legislación española; y (iii) la versión española de las GDTs sea vinculante para los alojamientos situados en España*”.

Estos programas de BOOKING.COM se denominan como Preferente, Preferente Plus, Visibilidad Extra y *Genius*.

- (601) Dichos programas resultan muy relevantes para los hoteles a la hora de mejorar visibilidad en la clasificación predeterminada de resultados, lo cual redundará de forma destacada en que los hoteles obtengan un mayor número de visitas y reservas (tal y como se pone de manifiesto en los hechos acreditados 5.6, 5.8 y 5.9), que son parámetros relevantes de competencia.
- (602) Asimismo, en los hechos acreditados 5.10 a 5.13 se recoge la información previa que BOOKING.COM proporciona a los hoteles participantes en dichos programas, en relación con el incremento previsto de visitas a la página web del hotel en BOOKING.COM, así como de reservas, que van a obtener como resultado de la mejora de su posicionamiento en la clasificación predeterminada de resultados de BOOKING.COM que reportan dichos programas. Concretamente, la información previa que facilita BOOKING.COM es la que se recoge en la **Tabla 17** elaborada con lo recogido en los hechos acreditados 5.10 a 5.13. Dicha tabla muestra que, para el caso del Programa Visibilidad Extra, BOOKING.COM ha aportado estimaciones específicas a los hoteles, mientras que, para los casos de los programas Preferente, Preferente Plus y *Genius*, BOOKING.COM ha aportado estimaciones agregadas.

Tabla 17. Información facilitada por BOOKING.COM a hoteles situados en España sobre el impacto previsto de Programas Preferente, Preferente Plus, Visibilidad Extra y Genius

	Preferente	Preferente Plus	Visibilidad Extra	Genius
incremento de visitas	hasta un 65% más o un 65% de media	hasta un 60%	estimación específica	70%
incremento de reservas	20% o 35% (media)	30%	estimación específica	45% (media)

Fuente: BOOKING.COM

- (603) En cuanto al desempeño a posteriori de la participación del hotel en los programas, BOOKING.COM solo proporciona información a los hoteles en el caso del Programa Preferente y exclusivamente en relación con una estimación de las reservas adicionales que les ha reportado su participación en el Programa durante los últimos 30 días, estimación que pueden consultar en la Extranet. Sin embargo, cabe señalar que BOOKING.COM ofrece esta información a los hoteles desde fechas relativamente recientes, pues BOOKING.COM solo ha señalado su existencia al órgano instructor a partir de marzo de 2023 (hecho acreditado 5.10).

6.5.2.1.2.2.1.3.2. Condiciones desfavorables a los intereses del socio comercial o de terceros

- (604) A la vista de la información provista por BOOKING.COM a los hoteles situados en España, esta Sala coincide con la DC en considerar que BOOKING.COM no especifica con el suficiente grado de detalle cómo incide la participación de un hotel en los programas Preferente, Preferente Plus y *Genius* en términos de visitas a la página web del hotel en BOOKING.COM y de reservas, a raíz del mejor posicionamiento del hotel dentro de la clasificación predeterminada de resultados de BOOKING.COM y ello tanto con carácter previo a su participación en dichos programas como *a posteriori* tras participar en los mismos. Esta falta de aportación de una información de la que BOOKING.COM dispone, a los hoteles participantes en dichos programas o que se plantean participar en los mismos, entraña una falta de transparencia en la relación con los hoteles situados en España que favorece a BOOKING.COM, constitutiva de una infracción de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE.
- (605) Concretamente, los siguientes elementos de juicio son los que conducen a este Consejo a considerar que BOOKING.COM dispone de mayor información de la que aporta a los hoteles situados en España, en relación con el impacto de su participación en los programas Preferente, Preferente Plus y *Genius* en términos de visitas a la página web del hotel en BOOKING.COM y de reservas, tanto con carácter previo a su participación como *a posteriori*:
- En el marco de la herramienta ‘Visibilidad Extra’, BOOKING.COM ha aportado al hotel, con carácter previo a su empleo, una estimación individualizada del aumento de visitas a la página web del hotel en el sitio web de BOOKING.COM y de reservas que obtendría en función del nivel de comisión adicional que elija bajo ‘Visibilidad Extra’, basándose en su inteligencia sobre comportamiento del consumidor, tendencias de reserva y la demanda (véase hecho acreditado 5.12 y, en particular, el párrafo (345)(345));
 - En el marco del Programa Preferente, BOOKING.COM ha pasado a ofrecer, al menos desde marzo de 2023, una estimación, individualizada para cada hotel, del número de reservas adicionales que le ha reportado su participación en el Programa Preferente durante los últimos 30 días (vid. párrafo (603)).
 - Como se razona más adelante en detalle en los párrafos (630) a (632), BOOKING.COM, como empresa netamente digital, atesora una gran cantidad de datos, que, como la propia BOOKING.COM reconoce, emplea para mejorar su clasificación predeterminada. Dado que BOOKING.COM realiza previsiones sobre las reservas de un hotel (de cara a estimar su tasa de conversión futura), cabe deducir que BOOKING.COM se ha encontrado en disposición de ofrecer estimaciones del impacto que tienen los Programas (a

través de una mejor posición en la clasificación predeterminada de resultados) en un mayor número de reservas.

(606) BOOKING.COM alega al PCH y a la PR que la información incluida en los programas Preferente y Genius es transparente y permite considerar el potencial efecto de adherirse a los mismos:

- por un lado, los programas Preferente indicarían previa y públicamente que se pueden obtener de media hasta un 20% más de reservas como consecuencia de la adhesión al mismo y,
- por otro lado, el programa *Genius* incluye informes de rendimiento con distintas métricas.

(607) Esta alegación de BOOKING.COM no se puede acoger porque la misma no responde al fondo de la conducta anticompetitiva imputada, que es la falta de aportación, para cada hotel, de una estimación del impacto de los Programas Preferente, Preferente Plus y *Genius* en términos de visitas a la página web del hotel en BOOKING.COM y de reservas, a raíz del mejor posicionamiento del hotel dentro de la clasificación predeterminada de resultados de BOOKING.COM y ello tanto con carácter previo a su participación en dichos programas como *a posteriori* tras participar en los mismos.

- Así, la información del Programa Preferente alegada por BOOKING.COM es genérica (una media general) y no se trata de una estimación individualizada según el hotel (a diferencia de lo que ocurre con la herramienta 'Visibilidad Extra', donde aporta estimaciones a nivel del hotel, como se señala en el hecho acreditado 5.12 y, en particular, en el párrafo (345)).
- En cuanto a la información del programa *Genius* alegada por BOOKING.COM, esta no cubre lo señalado anteriormente: el impacto del programa en términos de visitas a la página web del hotel en BOOKING.COM y de reservas.

(608) **Por todo ello no se pueden acoger las alegaciones de BOOKING.COM de que aporta información suficientemente transparente para que cada hotel evalúe su utilidad.**

(609) Además, BOOKING.COM alega que no tiene incentivos para ocultar información a los hoteles sobre los beneficios de los programas, ya que, si el beneficio real para el hotel de participar en los programas es mayor que el beneficio que espera el hotel, entonces BOOKING.COM se ve incentivado a proporcionar más información a los hoteles sobre los beneficios de los programas, de modo que el beneficio esperado del hotel se acerque al beneficio real (más alto).

- (610) Por lo que se refiere a esta alegación de BOOKING.COM, la parquedad en la argumentación de BOOKING.COM impide su correcta valoración y no puede ser tenida en cuenta, dado que BOOKING.COM no expone:
- cómo define los beneficios de hotel por participar en los distintos Programas Preferente, Preferente Plus y *Genius*,
 - cómo define los beneficios que obtiene BOOKING.COM por la participación del hotel en los distintos programas señalados, para valorar si sus incentivos están alineados con los del hotel, y
 - cómo impactan dichos programas en los beneficios generales del hotel y en desviar disponibilidad del hotel desde otras OTAs hacia BOOKING.COM, que es la OTA dominante.
- (611) A título ilustrativo, BOOKING.COM no tiene en cuenta, en el caso de los programas Preferente y Preferente Plus, el impacto que tiene en sus incentivos a proporcionar información al hotel el hecho que BOOKING.COM vaya a cobrar la mayor comisión del Programa Preferente o Preferente Plus en todas las ventas: no solo en las ventas adicionales que le reporta al hotel por su participación en el programa, sino también en aquellas que se hubiesen producido aunque el hotel no hubiese suscrito el mismo.
- (612) En cualquier caso, incluso manteniendo el escenario simplificado e incompleto que contempla BOOKING.COM (*quod non*), BOOKING.COM tendría incentivo a no comprometerse a aportar la información para poder ocultarla al hotel si el beneficio esperado por el hotel por participar en un programa es mayor que el beneficio real, dada la mayor comisión que cobra bajo el Programa Preferente/Preferente Plus o el descuento que obtiene en su plataforma frente a OTAs competidoras (*Genius*).
- (613) **Por todo ello no se pueden acoger las alegaciones de BOOKING.COM sobre si tiene o no incentivos para ocultar información.**
- (614) En este sentido, cabe destacar la importancia de los programas Preferente y Preferente Plus tanto para los hoteles como para BOOKING.COM:
- por lo que se refiere a los hoteles, ya se ha tenido oportunidad de subrayar su atractivo para los mismos en términos de mejor posicionamiento dentro de la clasificación predeterminada de BOOKING.COM, lo cual se traduce en un mayor número de visitas a la página web del hotel en BOOKING.COM (hecho acreditado 5.8) y, por ende, de reservas (hecho acreditado 5.9);
 - por lo que respecta a BOOKING.COM, no cabe más que recordar su importancia cuantitativa en términos del porcentaje que suponen las

comisiones derivadas de estos Programas dentro de los ingresos de BOOKING.COM, tal y como se refleja en la Tabla 15.

- (615) Asimismo, es preciso recalcar que **BOOKING.COM cobra la comisión de los Programas Preferente y Preferente Plus, superior a la comisión estándar, sobre todas las reservas que se hagan del hotel participante y no solo sobre las reservas adicionales que haya reportado al hotel su participación en el programa, lo cual magnifica el impacto de la falta de transparencia.** Un ejemplo elaborado por el órgano instructor que puede ilustrar el mencionado impacto es el siguiente:
- Considérese el caso de un hotel que, en el año anterior a su participación en el programa Preferente, tenía 100 reservas a través de BOOKING.COM, reservas con un importe medio de 100€. Como resultado, el hotel tenía que pagar a BOOKING.COM **[CONFIDENCIAL]**€ en concepto de comisión estándar ($=[\text{CONFIDENCIAL}] \%$ de 10.000);
 - con fecha 1 de enero del siguiente año, el hotel ingresa en el Programa Preferente y durante dicho año obtiene 110 reservas a través de BOOKING.COM (i.e., un 10% más de reservas que el año anterior), reservas también con un importe medio de 100€. Como resultado, el hotel tiene que pagar a BOOKING.COM una comisión de **[CONFIDENCIAL]**€ ($=[\text{CONFIDENCIAL}] \%$ de 11.000);
 - por lo tanto, mientras que el hotel ha obtenido un 10% más de reservas por participar en el Programa Preferente, el importe de las comisiones que paga a BOOKING.COM se ha incrementado un **[CONFIDENCIAL]**% (cuando la comisión se ha incrementado un **[CONFIDENCIAL]**%, al pasar de un **[CONFIDENCIAL]**% al **[CONFIDENCIAL]**%).
- (616) Por lo que se refiere al programa *Genius*, aunque no suponga para el hotel el pago de una comisión suplementaria (como ocurre con los Programas Preferentes), sí entraña (i) un coste para el mismo (dado los descuentos que tiene que pasar a ofrecer, lo cual le supone un coste directo) y (ii) una ventaja para BOOKING.COM (que consigue atraer ofertas competitivas para su plataforma, cimentando su posición de dominio gracias a las externalidades de red descritas en la sección 6.1.1.1.2.2.1, y al papel de los datos, descrito en la sección 6.1.1.1.2.2.2).
- (617) Como resultado de la falta de información sobre el impacto del mejor posicionamiento en la clasificación predeterminada de los programas señalados (y, de modo especial, sobre el aumento de reservas que reportará), un hotel

ubicado en España no puede analizar de antemano ni *ex post*⁵¹¹ si su participación en los programas le resulta rentable. En el caso de los programas Preferente y Preferente Plus, no cabe olvidar que el importe de comisiones a pagar por participar en dichos programas varía en función del número de reservas que se obtengan (habida cuenta que la comisión suplementaria se calcula sobre todas las reservas y no solo sobre las incrementales que aporte al hotel su participación en dichos programas).

- (618) El carácter inequitativo de esta falta de transparencia se ve reforzado por un efecto llamada que beneficia a BOOKING.COM: un hotel, ante el riesgo de verse relegado en la clasificación ante los hoteles que suscriben estos programas, se verá impelido a participar en los mismos para no verse desplazado en dicha clasificación, a pesar de la falta de información que tiene sobre el impacto de dichos programas. Por tanto, la incertidumbre de cómo afectan los programas opcionales al posicionamiento en las búsquedas impide la toma de decisiones informada por parte de los hoteles a la hora de participar en los mismos, incentivando la participación precautoria de los hoteles (por miedo a recibir menos reservas a raíz de quedarse relegado en la clasificación frente a otros), beneficiando a BOOKING.COM en términos de unos mayores ingresos a mayor.
- (619) BOOKING.COM niega la existencia de un ‘efecto llamada’ en sus alegaciones a la PR⁵¹² a la suscripción de dichos programas por parte de los hoteles por la falta de transparencia y además alega que, si la participación precautoria de los hoteles en los programas tuviese lugar, cabría esperar que los hoteles suscritos a estos programas permanecieran suscritos indefinidamente, por miedo a las pérdidas potenciales en las que incurrirían tras retirarse. Según BOOKING.COM, éste no sería el caso, ya que se habría producido una salida importante de hoteles del Programa Preferente.
- (620) Por lo que se refiere a esta alegación de BOOKING.COM, cabe señalar que la información proporcionada por BOOKING.COM no permite deslindar las causas de la salida de hoteles del Programa Preferente (pues siempre es esperable una cierta salida de hoteles, sobre todo si no cumplen con los requisitos de permanencia de BOOKING.COM). Además, los **ingresos por comisiones del Programa Preferente cobrados a hoteles situados en España, [CONFIDENCIAL WEB]**, cuando (i) por diseño del Programa, solo pueden acceder al mismo el 30% de los hoteles ubicados en una zona (véase la Tabla

⁵¹¹ Salvo en el caso del programa Preferente donde desde al menos marzo de 2023 BOOKING.COM ha pasado a aportar al hotel una estimación de las reservas adicionales que ha supuesto su participación en el Programa, si bien la información se circunscribe a los últimos 30 días.

⁵¹² Folios 7046- 7048 y 7066 en adelante.

15) y (ii) se trata de un Programa de larga implantación en España (desde 1999). Además, el hecho de que *a posteriori* un hotel haya comprobado que su participación en el programa Preferente no ha resultado rentable no anula la situación de incertidumbre a la que se vuelve enfrentar a futuro y en la que tiene que evaluar si continuar en el Programa, situación en la que volverá a jugar a favor de la suscripción del programa el señalado efecto llamada.

- (621) A lo anterior, cabe sumar que, en el marco de la instrucción del presente expediente, una destacada cadena hotelera internacional ha reconocido ante el órgano instructor la existencia de este efecto llamada (suscripción precautoria) cuando se le ha requerido acerca de la información que le ha facilitado BOOKING.COM sobre el impacto previsto del Programa Preferente, en los siguientes términos:

*"Siendo realistas, asumimos que las propiedades que operan bajo las marcas de [CONFIDENCIAL] se suscriben a este servicio porque anticipan más fácilmente el riesgo asociado con no formar parte del programa Preferente (práctica de "desclasificación"), y no porque vean un enorme potencial de mejora comercial al participar."*⁵¹³

- (622) Cabe precisar que con el término 'desclasificación' la cadena hotelera hace referencia precisamente al resultado de aparecer más abajo en la clasificación de resultados fruto de no haber entrado a participar en el Programa Preferente.
- (623) **Por todo ello no se pueden acoger las alegaciones de BOOKING.COM que las cifras de entrada y salida en el programa preferente apunten a que los hoteles tengan una certidumbre sobre los efectos de su participación.**
- (624) Los precedentes nacionales en materia de condiciones inequitativas recogen una obligación específica de transparencia para las empresas en posición de cuasi-monopolio a la hora de calcular y aprobar sus precios o tarifas, lo que incluye, en particular, su deber de comunicar el método de cálculo y del resultado final a los usuarios con antelación suficiente para que éstos puedan hacer previsiones y evaluar su eventual carácter excesivo o discriminatorio.⁵¹⁴ Esta

⁵¹³ Folio 4439.

⁵¹⁴ Véanse, por ejemplo, la Resolución de la CNC, de 23 de marzo de 2011, A/SGE, exp. S/0156/09, FD 1.º; la Resolución de la CNC, de 23 de febrero de 2011, A/E, exp. 2785/07; y la Resolución de la CNC, de 2 de marzo de 2012, EGEDA, exp. S/0157/09, FD 4º. El Tribunal Supremo ha considerado que la obligación de transparencia exige la no ocultación a los usuarios de las tarifas más ventajosas aplicadas a otros usuarios que se encuentran en una situación comparable. Vid. SSTs de 26 de septiembre de 2013 AGEDI, Recurso de Casación núm. 2877/2010 y de 19 de marzo de 2013 AIE; Recurso de Casación núm. 2125/2009.

obligación sería extensible a estos programas opcionales de mejora de la posición en la clasificación de resultados (y también de aumento de visitas y reservas) que ofrece BOOKING.COM a los hoteles (y que entrañan un coste para el hotel, ya sea en términos de una mayor comisión a pagar a BOOKING.COM o de un descuento en el precio final), dada la muy fuerte posición de dominio que tiene también BOOKING.COM.

6.5.2.1.2.2.1.3.3. Restricciones innecesarias y desproporcionadas

- (625) BOOKING.COM dispone de la capacidad para aportar un mayor grado de detalle sobre la mejora de posicionamiento que entraña la participación en los programas Preferente, Preferente Plus y *Genius*, pues, en el caso de la herramienta ‘Visibilidad Extra’, sí ha aportado información con un mayor nivel de detalle: en palabras de BOOKING.COM:

“Al utilizar esta herramienta y configurar tu comisión podrás ver el aumento en el número de visitas y reservas previsto según los estudios que realizamos sobre cómo reservan los clientes, las tendencias y la demanda de reservas.”⁵¹⁵

- (626) En relación con la herramienta ‘Visibilidad Extra’, BOOKING.COM señala que [CONFIDENCIAL].⁵¹⁶

- (627) Con respecto a esta alegación, cabe señalar que BOOKING.COM no prueba que [CONFIDENCIAL] hubiera dejado de ofrecer a los hoteles la estimación del aumento de número de visitas y de reservas previsto con el uso de la herramienta ‘Visibilidad Extra’ durante el período investigado, habida cuenta de que en 2023 seguía apareciendo públicamente en su sitio web que seguía ofreciendo dicha posibilidad, tal y como ha quedado acreditado (hecho acreditado nº 5.12)⁵¹⁷. Al respecto, cabe destacar la contradicción en la argumentación de BOOKING.COM existente entre

- haber ofrecido en la práctica dicha estimación, de acuerdo con *“los estudios que realizamos sobre cómo reservan los clientes, las tendencias y la demanda de reservas”*,⁵¹⁸ y

Al margen de los tradicionales precedentes en materia de derechos de autor, este principio también se recoge en la Resolución de la CNC, de 25 de abril de 2011, Ecoembalajes España, exp. S/0206/09, FD 2º.

⁵¹⁵ Folio 4688.

⁵¹⁶ Folio 5581 (versión no confidencial folio 5671).

⁵¹⁷ Si bien es cierto que al menos a la fecha de la aportación de las alegaciones a la PR (febrero de 2024) BOOKING.COM habría eliminado de su página web las referencias a la información sobre incrementalidad en el ‘*Visibility Booster*’, al considerar que habrían quedado obsoletas (folio 7046).

⁵¹⁸ Folio 4688.

- haber dejado de ofrecerlo, según BOOKING.COM, *“porque el producto no parecía ofrecer resultados precisos a los socios, dadas las dificultades para estimar los datos de incrementalidad”*.⁵¹⁹

(628) En este sentido, llama la atención que **[CONFIDENCIAL]** BOOKING.COM considerase que sí podía proporcionar dichas estimaciones a los hoteles teniendo en cuenta *“los estudios que realizamos sobre cómo reservan los clientes, las tendencias y la demanda de reservas”*⁵²⁰ y que, desde entonces, no se hayan producido avances al respecto, de acuerdo con las alegaciones de BOOKING.COM.

(629) **Por todo ello no se pueden acoger las alegaciones de BOOKING.COM sobre que no ofrece una estimación del aumento de número de visitas y de reservas previsto con el uso del programa de “Visibilidad extra”.**

(630) No debe olvidarse que BOOKING.COM, como empresa netamente digital, atesora una gran cantidad de datos sobre la actividad que tiene lugar en su plataforma, extremo que se expone con mayor detalle en la explicación de los criterios utilizados en su clasificación de resultados predeterminada (hecho acreditado 5.7) y al abordar el papel de los datos generados en la plataforma como barrera a la entrada y expansión en el mercado (sección 6.5.2.1.1.2.2.2). A título de ejemplo, BOOKING.COM permite a los alojamientos acceder a la siguiente información relativa a los últimos 30, 90 y 365 días, tal y como expone públicamente en su página web:

- *“vistas en los resultados de búsqueda: el número de veces que tu alojamiento ha aparecido en los resultados de búsqueda*
- *proporción de clics: el porcentaje de clics en tu alojamiento en relación con el número de vistas en los resultados de búsqueda*
- *visitas a la página del alojamiento: el número de veces que la gente ha visto la página de tu alojamiento*
- *reservas: el número total de reservas recibidas, incluidas las cancelaciones*
- *puntuación de los resultados de búsqueda: el rendimiento de tu alojamiento en los resultados de búsqueda en comparación con otros alojamientos de tu mercado”*.⁵²¹

(631) El hecho que BOOKING.COM ofrezca estos datos a los alojamientos apoya la conclusión de que BOOKING.COM tiene la posibilidad de ofrecer datos más precisos de la repercusión que tienen dichos programas (por ejemplo, en el caso de los programas Preferente y Preferente Plus, datos más allá de la estimación

⁵¹⁹ Folio 5581 y 7046.

⁵²⁰ Folio 4688.

⁵²¹ Folios 4734 y 4735.

de reservas adicionales que ha reportado la participación de un hotel en el Programa Preferente durante los últimos 30 días).

- (632) Es más, como la propia BOOKING.COM reconoce, emplea estos datos para mejorar su clasificación predeterminada y uno de los aspectos clave para el que utiliza estos datos es estimar la tasa de conversión futura del hotel, de cara a su utilización como criterio en la clasificación predeterminada de resultados. Dado que BOOKING.COM realiza previsiones sobre las reservas de un hotel (de cara a estimar su tasa de conversión futura), cabe deducir que **BOOKING.COM se encuentra en disposición de ofrecer estimaciones del impacto que tienen los Programas (a través de una mejor posición en la clasificación predeterminada de resultados) en un mayor número de reservas.**
- (633) BOOKING.COM alega que resulta imposible señalar con total certeza el número de reservas adicionales resultantes de la participación en un programa, habida cuenta de los muchos elementos que influyen en la decisión de reservar del cliente [CONFIDENCIAL].
- (634) En relación con esta alegación, cabe señalar, en primer lugar, que en ningún momento se le reprocha a BOOKING.COM que no proporcione “una proyección exacta”, sino que se habla de estimaciones, que BOOKING.COM no ofrece en ningún caso, salvo en los supuestos de la herramienta ‘Visibilidad Extra’ (aumento en el número de visitas y reservas previsto) y del Programa Preferente (reservas adicionales históricas, lo cual solo se ha ofrecido desde marzo de 2023). De hecho, existen diferentes pruebas que muestran que BOOKING.COM posee los datos y el conocimiento técnico para ofrecer las estimaciones individualizadas como consecuencia de:
- la experiencia que tiene BOOKING.COM ofreciendo estimaciones particularizadas para cada hotel sobre el impacto en las reservas de la herramienta ‘Visibilidad Extra’ y del Programa Preferente, y
 - el propio funcionamiento de la clasificación predeterminada de resultados de BOOKING.COM, en la cual uno de los criterios clave para situar a los diferentes hoteles en la clasificación es su tasa de conversión futura, para el cálculo de la cual BOOKING.COM realiza previsiones sobre las reservas que tendrá un hotel.
- (635) **Por todo ello no se pueden acoger las alegaciones de BOOKING.COM sobre la imposibilidad técnica de ofrecer una estimación con total certeza, pues no es eso lo que se censura en la presente resolución.**
- (636) BOOKING.COM alega, además, que [CONFIDENCIAL].

- (637) Por lo que se refiere a esta alegación, debe recordarse que se está analizando la conducta de un operador dominante que está sujeto, de acuerdo con la jurisprudencia, a una especial responsabilidad, de modo que comportamientos lícitos para otros operadores pueden resultar abusivos y, por tanto, ilícitos cuando los lleva a cabo un operador dominante, que lo que se está dilucidando en esta sección.
- (638) **Por ello no se puede acoger la alegación de BOOKING.COM relativa a que [CONFIDENCIAL].**
- (639) BOOKING.COM reprocha igualmente que no se aporte ninguna prueba de que la supuesta falta de transparencia relativa a las ventajas que supone para un hotel la suscripción de los Programas Preferente, Preferente Plus y *Genius*, haya perjudicado potencialmente a los hoteles.
- (640) Por lo que se refiere a la prueba del perjuicio ‘potencial’ para los hoteles, cabe remitirse al ejemplo hipotético del (párrafo (615)), que muestra cómo la falta de transparencia perjudicaba a un hotel a la hora de calcular si su participación en el Programa Preferente resultaba rentable: si la participación de un hotel en el Programa Preferente aumentaba un 10% sus reservas, el importe de las comisiones que el hotel había de pagar a BOOKING.COM aumentaba más que en esa proporción (por lo tanto, se trata de una información útil que ayuda al hotel decidir si unirse al Programa u optar por fomentar el uso de otra OTA). Con carácter adicional, en el marco de la instrucción del expediente, tal y como se ha citado en los párrafos anteriores, una destacada cadena hotelera internacional se ha lamentado sobre la falta de información que proporciona BOOKING.COM sobre el rendimiento en términos de reservas adicionales por su participación en el Programa Preferente, cuando fue requerido acerca de la información que le ha facilitado BOOKING.COM sobre el impacto previsto del Programa Preferente adicionales,
- tanto con carácter previo (rendimiento esperado) en los siguientes términos:

“Según nuestra experiencia, la redacción utilizada para describir el rendimiento esperado en la descripción de los beneficios del Programa Preferente de Booking.com, es cuidadosamente seleccionada por Booking.com y carece de transparencia y está demasiado matizada para evaluar adecuadamente el impacto que puede tener: “Los miembros pueden esperar un gran aumento en las reservas a cambio de un pequeño aumento en la comisión”; “en promedio”; “hasta”. A pesar de las solicitudes formuladas a Booking.com en ese sentido, [CONFIDENCIAL].

*nunca recibió información adicional que la disponible en la extranet y citada anteriormente.*⁵²²

- como a posteriori (rendimiento histórico):

“A pesar de las numerosas solicitudes, Booking.com no proporciona ninguna información objetiva a [CONFIDENCIAL] o a las propiedades que operan bajo la marca [CONFIDENCIAL], para poder evaluar la mayor visibilidad, la mayor visualización, el mayor número de reservas o para calcular el ROI (retorno de la inversión por sus siglas en inglés: Return Of the Investment) de la importante inversión realizada por la propiedad gracias a la activación del Programa Preferente (+ 25% de la comisión aproximadamente).

*Por lo tanto, es extremadamente difícil evaluar los beneficios del programa Preferente sin la ayuda de Booking.com. Al analizar el rendimiento de las propiedades que operan bajo nuestras marcas, es muy difícil decir objetivamente que hay un aumento del negocio gracias al estado del programa Preferente.*⁵²³

- (641) De hecho, BOOKING.COM recoge evidencia en sus alegaciones⁵²⁴ que atestigua [CONFIDENCIAL] el que desde 2023 BOOKING.COM ofrezca información sobre las reservas adicionales que ha supuesto la participación en el Programa Preferente (párrafo (328)(329)), información que, sin embargo, BOOKING.COM sigue sin ofrecer con el Programa Preferente Plus y el Programa *Genius*.
- (642) **Por todo ello no se pueden acoger las alegaciones de BOOKING.COM de que no se ha aportado ninguna prueba del perjuicio de esta conducta para los hoteles.**
- (643) A juicio de esta Sala la falta de transparencia y carácter sucinto de las explicaciones de BOOKING.COM sobre las ventajas para el hotel de los programas Preferente, Preferente Plus y *Genius*, tanto con carácter previo como *ex post* a su contratación, suponen **una explotación injusta de la información asimétrica existente entre los hoteles y BOOKING.COM**. La conducta de BOOKING.COM resultaría innecesaria y desproporcionada a tenor de los siguientes factores:
- BOOKING.COM se ha mostrado capaz de ofrecer una estimación del impacto de la suscripción de la herramienta ‘Visibilidad Extra’ para el hotel en términos de un mayor número de visitas a la página web del hotel en BOOKING.COM y de reservas;

⁵²² Folio 4439.

⁵²³ Folio 4442.

⁵²⁴ Párrafos 252 y 253 del escrito de alegaciones al PCH, folio 5586 (versión no confidencial folio 5672).

- desde fechas relativamente recientes, al menos marzo de 2023, BOOKING.COM se ha mostrado capaz de ofrecer una estimación, individualizada para cada hotel, del número de reservas adicionales que le ha reportado su participación en el Programa Preferente, si bien BOOKING.COM no ofrece esta información *a posteriori* en los Programas Preferente Plus y *Genius*; y
- la gran cantidad de datos que atesora BOOKING.COM sobre el mercado, a tenor del gran número de hoteles y consumidores finales que emplean su plataforma, le permite tener un mejor conocimiento del sector y los consumidores que, por ejemplo, un hotel aislado.

(644) **Como la propia BOOKING.COM reconoce, emplea estos datos para mejorar su clasificación predeterminada y uno de los aspectos clave para el que utiliza estos datos es estimar la tasa de conversión futura del hotel, de cara a su utilización como criterio en la clasificación predeterminada de resultados. Dado que BOOKING.COM realiza previsiones sobre las reservas de un hotel (de cara a estimar su tasa de conversión futura), se encuentra en disposición de ofrecer estimaciones del impacto que tienen los Programas (a través de una mejor posición en la clasificación predeterminada de resultados) en un mayor número de reservas.**

6.5.2.1.2.2.1.3.4. Conclusión sobre la falta de transparencia del impacto de la suscripción de los programas preferentes

(645) A la luz de lo anterior, esta Sala considera que **la práctica descrita en esta sección supone la imposición de condiciones inequitativas a los hoteles situados en España por parte de BOOKING.COM, constitutiva de un abuso explotativo de la posición de dominio de BOOKING.COM que ha tenido lugar desde al menos el 1 de enero de 2019** (fecha desde la que consta acreditada la posición dominante de BOOKING.COM en el mercado, estando vigente entonces la conducta) **hasta la actualidad** (dado que la conducta continúa vigente).

(646) Además, es preciso tener en cuenta que la práctica decisional de la autoridad de competencia española (véase párrafo (624)) y de otras autoridades de competencia de Estados miembros de la UE en aplicación del TFUE⁵²⁵ confirma

⁵²⁵ Véanse, en este sentido,

- la Decisión 19-D-26 de la autoridad francesa de competencia, de 19 de diciembre de 2019, en el asunto Google Ads, y
- el caso B2 - 88/18 de la autoridad de competencia alemana, que se cerró de forma convencional. Concretamente, uno de los compromisos de Amazon consistió en ofrecer una mayor transparencia de las condiciones hacia los vendedores. La base legal de

que la aplicación de condiciones no transparentes por parte de empresas dominantes puede constituir un abuso de dicha posición.

6.5.2.1.2.2.1.4. Conclusión sobre las condiciones comerciales no equitativas

(647) En conclusión, esta Sala se adhiere a lo concluido por la DC en la PR, por lo que cabe afirmar que BOOKING.COM ha cometido las siguientes conductas abusivas de una posición de dominio, de carácter explotativo:

- la asimetría en la aplicación de la cláusula de paridad de precios estrecha existente desde al menos el 30 de abril de 2019 hasta, en principio, julio de 2024⁵²⁶:
 - o mientras que BOOKING.COM impone una cláusula de paridad de precios estrecha a los hoteles;
 - o BOOKING.COM se reserva la posibilidad de rebajar unilateralmente el precio que ofrece el hotel en BOOKING.COM, con cargo a su comisión, en determinados casos;
- la imposición a los hoteles situados en España, desde al menos el 1 de enero de 2019 hasta, en principio, julio de 2024⁵²⁷, de la versión inglesa de las GDT como vinculante, del ordenamiento jurídico neerlandés como aplicable a las GDT, y de los tribunales competentes de Ámsterdam, Países Bajos, en caso de conflicto en relación con las GDT; y
- la falta de transparencia en la información que ofrece BOOKING.COM a los hoteles situados en España, desde al menos el 1 de enero de 2019 hasta la actualidad, sobre el impacto que tiene la suscripción de los programas Preferente, Preferente Plus y *Genius*, tanto con carácter previo como *ex post* a su contratación.

(648) BOOKING.COM ha aprovechado su posición como operador dominante para imponer condiciones desfavorables a los hoteles, restricciones que resultan innecesarias y desproporcionadas.

6.5.2.1.2.2.2. Conductas que restringen la competencia de otras OTAs

(649) **La segunda infracción imputada en la presente resolución se basa en que BOOKING.COM restringe la competencia que pueden ejercer otras OTAs a**

dicho procedimiento era la prohibición del abuso de posición de dominio (artículo 19 de la Ley alemana), habiéndose considerado asimismo la aplicación del derecho de competencia de la UE.

⁵²⁶ Véase nota al pie 488.

⁵²⁷ Véase nota al pie 510.

la hora de ofrecer servicios de intermediación de reservas hoteleras en línea a los hoteles situados en España, de dos formas:

- a través de los criterios que emplea en su clasificación predeterminada de resultados y,
- mediante los requisitos de acceso y permanencia que tienen que cumplir los hoteles para poder participar en los programas Preferente y Preferente Plus.

(650) Como se expone más detalladamente a continuación, este proceder de BOOKING.COM constituye un **abuso de posición de dominio que excluye** a sus OTAs competidoras del mercado, al inducir a los hoteles a no ofrecer condiciones comerciales más favorables (en términos de precios y disponibilidad de habitaciones) en otras OTAs competidoras que en BOOKING.COM, ya que, de otro modo, se exponen a acabar relegados en la clasificación predeterminada de resultados de BOOKING.COM y perder reservas en esta plataforma. Para cada una de estas conductas se examinará: (i) el empleo de medios distintos de los propios de una competencia basada en los méritos, (ii) la aptitud para restringir la competencia⁵²⁸ y (iii) la ausencia de justificación objetiva.

6.5.2.1.2.2.2.1. Criterios empleados por BOOKING.COM de cara a ordenar los resultados de hoteles en su clasificación predeterminada

(651) El hecho acreditado 5.7 recoge un resumen de los criterios que emplea BOOKING.COM de cara a ordenar los resultados que ofrece en su clasificación predeterminada tras la consulta realizada por un usuario final. En particular, el Anexo 4 de las GDT⁵²⁹ indica a los hoteles que uno de los cuatro parámetros principales que BOOKING.COM emplea en su clasificación predeterminada de resultados es el referido a *“las reservas brutas (incluidas las cancelaciones) y netas (sin incluir las cancelaciones) de un Alojamiento”*.

(652) Con carácter previo al examen del carácter abusivo de este criterio de ordenación de los resultados en la clasificación predeterminada de

⁵²⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de mayo de 2022, *Servizio Elettrico Nazionale*, C-377/20 ECLI:EU:C:2022:379 (párrafo 47). Asimismo, en el párrafo 61 de esta sentencia se indica que *“para demostrar el carácter abusivo de una práctica excluyente, una autoridad de competencia debe demostrar, por una parte, que dicha práctica tenía la capacidad, cuando se aplicó, de producir tal efecto excluyente, en el sentido de que podía dificultar la penetración o el mantenimiento de los competidores en el mercado en cuestión, y que, de este modo, esa práctica podía afectar a la estructura del mercado y, por otra parte, que la referida práctica se basaba en la explotación de medios distintos de los propios de una competencia basada en los méritos”* (énfasis añadido).

⁵²⁹ Folios 1995 y 1996.

BOOKING.COM, es preciso señalar que BOOKING.COM sostiene en sus alegaciones al PCH y a la PR que la DC debería haber evaluado dicho criterio bajo el llamado principio AEC, de modo similar a lo alegado con carácter general previamente (véase el párrafo (491)).

- (653) **Dado que esta Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre esta alegación al haber sido abordada previamente (vid. párrafos (492) y siguientes), cabe remitirse a lo allí señalado, en especial en lo que se refiere al carácter facultativo del uso del test AEC para probar la existencia de abusos de posición de dominio de tipo exclusionario y la necesidad de examinar su valor probatorio por parte de la autoridad solo en aquellos casos en que la empresa afectada haya presentado los resultados de aplicar tal criterio durante el procedimiento administrativo, lo que no ha ocurrido en el presente expediente.**

6.5.2.1.2.2.1.1. Competencia no basada en los méritos

- (654) Por un lado, el empleo del parámetro sobre las reservas brutas y netas de un alojamiento evidencia que la clasificación predeterminada de resultados de BOOKING.COM se basa, en buena medida, en los beneficios que BOOKING.COM espera obtener, al tener en cuenta los datos históricos que ha tenido un hotel en términos de reservas, toda vez que el objetivo principal de la clasificación predeterminada declarado por BOOKING.COM es “*mostrar las mejores coincidencias entre un consumidor específico y un alojamiento*” (cláusula 4.1.1 de las GDT).⁵³⁰
- (655) Por otro lado, el empleo del mencionado criterio de clasificación incentiva que el hotel privilegie las ventas en BOOKING.COM frente a otras OTAs, dado que, de este modo, aparecerá mejor posicionado en la clasificación predeterminada de resultados de BOOKING.COM, ya que el antedicho efecto es directo: cuantas más reservas tenga el hotel en BOOKING.COM, mejor posicionado aparecerá en la clasificación predeterminada de resultados (criterio que, además, favorece a los hoteles más grandes -i.e. con más habitaciones- frente a los hoteles más pequeños *ceteris paribus*);
- (656) A su vez, las dos vías principales que tiene un hotel para privilegiar las ventas en BOOKING.COM frente a otras OTAs (y así incidir en la clasificación predeterminada) son el precio y la cantidad de habitaciones que pone en las distintas OTAs:

⁵³⁰ Folio 1968.

- por lo que se refiere al precio de la habitación, no fijando un precio más barato en las OTAs competidoras que en BOOKING.COM, para así tener más ventas en BOOKING.COM, y
- por lo que respecta a la cantidad de habitaciones, no poniendo un número mayor de habitaciones en las OTAs competidoras que en BOOKING.COM, (o concentrando el mayor número de habitaciones en BOOKING.COM) para así tener más ventas en BOOKING.COM.

Incluso cuando un hotel fija el mismo precio y disponibilidad de habitaciones (cantidad) en BOOKING.COM y sus OTAs competidoras (lo cual no es más que un caso concreto del supuesto general de no fijar condiciones comerciales más favorables en OTAs competidoras que en BOOKING.COM, inducido por el criterio de la clasificación predeterminada reseñado), BOOKING.COM sale beneficiado, en términos comparativos, frente a sus competidores, ya que atraerá más ventas habida cuenta de su muy fuerte posición dominante y las barreras de entrada que lo afianzan.

- (657) En definitiva, a la luz de lo anterior, esta Sala coincide con la DC en que el criterio de ordenación de resultados de la clasificación predeterminada, con las características reseñadas, genera daños para la competencia porque incentiva a que los hoteles sigan, de forma indirecta, una política de precios y de disponibilidad de habitaciones basada en ofrecer los precios más baratos de sus habitaciones en BOOKING.COM en detrimento de otras OTAs competidoras, lo que produce efectos restrictivos de la competencia.
- (658) BOOKING.COM considera que la utilización significativa y creciente por su parte de los descuentos en el marco del programa BSB probaría que los hoteles tienen precios más baratos en otras OTAs que en BOOKING.COM, para lo cual se apoya en el análisis recogido en la sección 3.2 del informe económico aportado como Anexo 3 de su escrito de alegaciones al PCH.
- (659) Esta alegación no puede ser aceptada, dado el reducido papel que han jugado las reservas bajo el programa BSB en los ingresos de BOOKING.COM durante el periodo investigado. Tal y como muestra la Tabla 13, la gran mayoría de las reservas en BOOKING.COM se han producido sin los descuentos del programa BSB. Si a este hecho unimos que las demás OTAs no han sido capaces de arañar de forma significativa cuota de mercado a BOOKING.COM durante el periodo investigado (véase la Tabla 6), ello significa que las OTAs competidoras no han tenido mucho éxito a la hora de que los hoteles fijen precios más atractivos en ellas que en BOOKING.COM, habida cuenta que el precio es la principal variable competitiva para atraer reservas (y éstas son, a su vez, la fuente de las comisiones por intermediación que constituyen el ingreso de las OTAs).

(660) **Por ello no puede acogerse esta alegación sobre que el mencionado criterio no** incentiva a que los hoteles sigan una política comercial consistente en ofrecer los precios más baratos de sus habitaciones en BOOKING.COM en detrimento de otras OTAs competidoras.

6.5.2.1.2.2.1.2. Aptitud para restringir la competencia

(661) Ya se ha señalado cómo BOOKING.COM declara que el criterio de ordenación basado en el número de reservas es uno de los cuatro parámetros principales que emplea para ordenar a los hoteles en su clasificación predeterminada. Por ello, se procede a analizar la importancia que tiene la clasificación predeterminada de resultados de BOOKING.COM a la hora de obtener reservas.

(662) La clasificación predeterminada de resultados es la puerta de entrada del usuario al catálogo de hoteles de BOOKING.COM, motivo por el cual los hoteles prestan gran atención a la misma, habida cuenta de que:

- las reservas en línea van en aumento y, con ello, la importancia de BOOKING.COM para los hoteles, y
- cuanto más baja sea la posición de un hotel en la clasificación, menos posibilidades tiene de atraer reservas (tal y como atestigua el hecho acreditado 5.9).

(663) Concretamente, el papel de la clasificación predeterminada como detonante de reservas viene avalado por los datos recabados en el marco de la instrucción del expediente y fijados en los hechos acreditados de la presente resolución.

(664) Por un lado, **BOOKING.COM** ha aportado dos estimaciones del porcentaje de reservas que se realizan desde su clasificación predeterminada de resultados (véase el hecho acreditado 5.6):

- en un primer momento, BOOKING.COM ha señalado que aproximadamente un **[CONFIDENCIAL]**% de las reservas se realizaron desde su clasificación predeterminada de resultados, mientras que el porcentaje restante, el **[CONFIDENCIAL]**%, corresponde a reservas realizadas desde la clasificación predeterminada con aplicación de filtros, dado que BOOKING.COM no contempló en este ejercicio de estimación las reservas realizadas empleando métodos alternativos de clasificación (por precio...);
- posteriormente, BOOKING.COM ha ofrecido las siguientes estimaciones en las que ya considera también los métodos alternativos de clasificación:
 - o el **[CONFIDENCIAL]**% de las reservas en BOOKING.COM se realizan desde la clasificación predeterminada de resultados, sin aplicación alguna de filtros;

- el **[CONFIDENCIAL]**% de las reservas en BOOKING.COM se realizan habiendo aplicado el usuario final algún tipo de filtro.
- (665) Ahora bien, cabe observar que la aplicación de filtros a la clasificación predeterminada no altera la ordenación de resultados ofrecida por la clasificación predeterminada de resultados, sino que simplemente se limita a eliminar aquellos resultados de la clasificación predeterminada que no cumplen el filtro escogido (por ejemplo, exceder un determinado presupuesto). De acuerdo con la Tabla 14, un **[CONFIDENCIAL]**% de las reservas por clientes en España se realizaron en la clasificación predeterminada tras la aplicación de filtros.
- (666) A tenor de lo anterior, cabe afirmar que un **[CONFIDENCIAL]**% de los clientes en España que realizaron sus reservas en el sitio web de BOOKING.COM durante el periodo considerado, la realizaron desde la ordenación de resultados ofrecida de modo predeterminado por BOOKING.COM.
- (667) En cualquier caso, es preciso poner de relieve las disparidades observadas en los dos ejercicios de estimación realizados por BOOKING:
- cuando BOOKING.COM no tiene en cuenta los métodos alternativos de clasificación:
 - el **[CONFIDENCIAL]**% de las reservas se realizan desde la clasificación predeterminada sin filtros, y
 - el **[CONFIDENCIAL]**% de las reservas se realizan desde la clasificación predeterminada con aplicación de filtros,
 - ahora bien, cuando BOOKING.COM sí tiene en cuenta los métodos alternativos de clasificación:
 - el porcentaje de reservas que se realizan desde la clasificación predeterminada, sin filtros, es **[CONFIDENCIAL]**%, y
 - el porcentaje de reservas que se realizan desde la clasificación predeterminada con aplicación de filtros es **[CONFIDENCIAL]**%.
- (668) Es decir, cuando BOOKING.COM considera el empleo de métodos alternativos de clasificación, el porcentaje de las reservas realizadas desde la clasificación predeterminada con aplicación filtros es mayor que aquel porcentaje de reservas realizadas desde la clasificación predeterminada sin filtros (**[CONFIDENCIAL]**% vs **[CONFIDENCIAL]**%), lo contrario de lo que BOOKING.COM señaló en su primer ejercicio de estimación (**[CONFIDENCIAL]**% vs. **[CONFIDENCIAL]**%).
- (669) Por otro lado, el principal competidor de BOOKING.COM, el Grupo Expedia, ha declarado en el marco del expediente que el **[CONFIDENCIAL]**% del total de las reservas realizadas en los sitios web del Grupo Expedia para una estancia en

hoteles españoles en 2021 se realizó desde su clasificación predeterminada de resultados.⁵³¹ Este hecho apunta a que, del rango de estimaciones ofrecidas por BOOKING.COM respecto al porcentaje de reservas realizadas desde su clasificación predeterminada, la estimación de BOOKING.COM más coherente con este dato de Expedia, se sitúa más bien en la parte alta de las estimaciones que BOOKING.COM ha ofrecido.

(670) BOOKING.COM alega que la posición del hotel en su clasificación predeterminada de resultados no influye en las reservas que tiene, habida cuenta del comportamiento de los consumidores, ya que estos compararían en varios sitios, dedicando una media de más de [CONFIDENCIAL] en BOOKING.COM antes de elegir un hotel. Por tanto, según BOOKING.COM, su clasificación predeterminada de resultados se limita a reflejar las preferencias de los consumidores, ya que, de otro modo, se expondría a perder consumidores, que se irían a plataformas alternativas.

(671) Por lo que respecta a esta alegación de BOOKING.COM, cabe señalar que el supuesto comportamiento de los consumidores alegado por BOOKING.COM (que no viene sustentado por prueba alguna) se ve contradicho por los datos recogidos en el hecho acreditado 5.9, amén de que no tiene en cuenta factores que influyen en el comportamiento del consumidor, como la existencia de información asimétrica, los costes de búsqueda y el valor del tiempo para el consumidor. En particular:

- En declaraciones de los propios ingenieros informáticos de BOOKING.COM, que señalaban que:

“los clientes tienden a hacer clic y reservar alojamientos que están situados en posiciones más altas en los resultados de búsqueda, dado que existe un sesgo inherente a que artículos más cerca de la parte superior “mejores” (subrayado propio);⁵³²

- En el hecho de que la propia BOOKING.COM publicita como ventajas de los programas Preferente, Preferente Plus, Visibilidad Extra y *Genius* el mayor número de reservas que proporciona al hotel como resultado de la mejora en la posición en la clasificación predeterminada de resultados asociada a estos programas. Este hecho sirve, además, para mostrar claramente que BOOKING.COM no tiene en cuenta solamente las preferencias de los consumidores, sino también sus beneficios (dado que estos programas

⁵³¹ Folios 2271 (folio 2505 versión no confidencial).

⁵³² Folio 4918.

suponen una mayor comisión a pagar por el hotel -salvo en el caso de *Genius*-), contrariamente a lo defendido por BOOKING.COM en sus alegaciones.

- (672) BOOKING.COM no aporta elementos que invaliden la amplia evidencia recogida en la presente resolución que muestra la relación que guardan la posición del hotel en la clasificación predeterminada de resultados de hoteles en BOOKING.COM y las reservas que recibe el hotel en BOOKING.COM.
- (673) **Por tanto, no pueden acogerse las alegaciones de BOOKING.COM sobre la irrelevancia de la clasificación predeterminada.**
- (674) El impacto de uno de los cuatro criterios de ordenación (número de reservas brutas y netas) en el posicionamiento del hotel dentro de la clasificación predeterminada de resultados se ve, además, magnificado si un hotel participa en los programas Preferente, Preferente Plus, Visibilidad Extra y *Genius* (que entrañan en sí mismos un mejor posicionamiento del hotel en la clasificación predeterminada): al mejorar estos programas el posicionamiento del hotel en la clasificación predeterminada, se producirá un mayor número de reservas del hotel, lo cual, a su vez, será tenido en cuenta por el criterio comentado para mejorar nuevamente el posicionamiento del hotel en la clasificación predeterminada, en una suerte de efecto multiplicador. Por lo tanto, cabe deducir que el empleo de este criterio de ranking por parte de BOOKING.COM fomenta que un hotel suscriba dichos programas (y que el hotel trate de cumplir los requisitos para poder acceder y permanecer en dichos programas opcionales, los cuales, como se verá posteriormente en la sección 6.1.1.2.2.2.2, también plantean problemas sobre la competencia).
- (675) BOOKING.COM reprocha que no se hayan aportado pruebas de que los hoteles estén realmente motivados a la hora de privilegiar las ventas en BOOKING.COM frente a otras opciones a raíz de los dos criterios. Asimismo, BOOKING.COM considera que (i) la caída de cuota que experimentó en el mercado de servicios de intermediación de reservas en línea a hoteles entre 2021 y 2022 y (ii) la existencia de siete OTAs competidoras en el mercado, son incoherentes con la teoría del daño de un abuso exclusionario.
- (676) Por lo que se refiere a esta alegación, cabe recordar que el estándar en materia de efectos, en sede de abuso de posición dominante exclusionario, exige que los efectos sean reales o potenciales. Por los motivos que se han expuesto en esta sección, esta Sala considera que ha quedado plenamente probado que el mencionado criterio de ordenación conduce, al menos con carácter potencial, a una restricción de la competencia entre OTAs prestadoras de servicios de intermediación de reservas a hoteles, desviando, de modo anticompetitivo, reservas de sus competidores hacia ella misma. Esta desviación de reservas en beneficio de BOOKING.COM se produce al incentivar BOOKING.COM a los

hoteles a que privilegien las reservas en su plataforma frente a otras competidoras, a través de un mejor posicionamiento en la clasificación predeterminada, que es, como se ha acreditado, la página principal desde donde se inician la gran mayoría de reservas en BOOKING.COM y teniendo en cuenta la importancia de BOOKING.COM como fuente de reservas para los hoteles (recuérdese nuevamente su cuota de mercado en la Tabla 6).

- (677) Es más, como se ha señalado previamente, el criterio de ordenación de resultados de la clasificación predeterminada en cuestión incentiva a que los hoteles sigan, de forma indirecta, una política de precios y de disponibilidad de habitaciones basada en ofrecer los precios más baratos de sus habitaciones en BOOKING.COM en detrimento de otras OTAs competidoras, lo que produce efectos restrictivos de la competencia.
- (678) **Debido a lo anterior, la citada alegación de BOOKING.COM no tiene capacidad para desvirtuar la imputación.**
- (679) Por lo que respecta a la caída de cuota experimentada por BOOKING.COM, es preciso destacar que, si se tiene en cuenta todo el periodo cubierto por la infracción (véase Tabla 6), la caída de cuota de mercado de BOOKING.COM ha sido muy ligera en el último año investigado (2022) con respecto al primero cubierto por la infracción (2019). La cuota de mercado de BOOKING.COM ha caído un [1%-5%] entre 2019 y 2022, concretamente la caída ha sido del [CONFIDENCIAL]% al [CONFIDENCIAL]%.
- (680) Asimismo, en relación con la existencia de siete OTAs competidoras en el mercado, cabe señalar (véase Tabla 6) la escasa relevancia de todas ellas salvo EXPEDIA. Todos los competidores distintos a EXPEDIA tienen una cuota del 0%-10%, concretamente inferior al [CONFIDENCIAL]% en todos los casos. Por tanto, BOOKING y EXPEDIA absorben la mayor parte del mercado, lo cual denota una elevada concentración en el mercado y una muy reducida presión competitiva por parte de las OTAs competidoras. La presión que ejerce EXPEDIA también es limitada, dada la considerable distancia que separa a esta empresa de BOOKING.COM.
- (681) **Por todo ello, no se puede acoger la alegación de BOOKING.COM de que no se hayan mostrado los efectos (al menos, potenciales) a este respecto.**

6.5.2.1.2.2.1.3. Ausencia de justificación objetiva

- (682) De cara a analizar las posibles justificaciones objetivas detrás del empleo de este criterio de clasificación por parte de BOOKING.COM, es preciso tener en cuenta a quién va dirigida la clasificación predeterminada (el consumidor final, que es

quien realiza la consulta) y la utilidad que reporta al consumidor final el empleo del mismo de cara a ofrecerle una respuesta a su consulta con la clasificación.

- (683) Esta Sala considera que no cabe identificar justificación alguna a que BOOKING.COM emplee el número de reservas que un hotel ha tenido en el sitio web de BOOKING.COM para clasificar los hoteles, dado que el hecho de que un hotel acumule un mayor número de reservas en el sitio web de BOOKING.COM no tiene por qué ser más relevante para un usuario que realiza una búsqueda de hotel, por mucho que BOOKING.COM alegue que se trata de un *input* más dentro de un “*algoritmo complejo*”⁵³³.
- (684) BOOKING.COM recalca que el criterio del número de reservas ofrece resultados de búsqueda más relevantes a los viajeros:
- Señala que [**CONFIDENCIAL**].
 - En general, concluye BOOKING.COM que es un indicador de la elección de otros usuarios en circunstancias similares (por ejemplo, cuando utilizan los mismos criterios de búsqueda) y, por lo tanto, pueden reflejar (según BOOKING.COM) directamente las preferencias de los consumidores.
- (685) BOOKING.COM alega, además, que si su único objetivo fuera mostrar los hoteles en función del beneficio esperado a corto plazo, mostraría primero las propiedades más caras (ya que entonces la comisión de Booking.com sería mayor), cuando, en realidad, lo que hace es mostrar más arriba en la clasificación los hoteles en oferta (de acuerdo con lo señalado por BOOKING.COM).
- (686) BOOKING.COM cita los resultados de un experimento que ha realizado [**CONFIDENCIAL WEB**], resultados que aparecen descritos con mayor detalle en la sección 3.1 del informe económico que aporta como Anexo 3 de su escrito de alegaciones al PCH y que habría repetido en 2024⁵³⁴. De acuerdo con estos resultados, la eliminación de estas señales habría reducido el número de emparejamientos (*matches*) entre alojamientos y viajeros, perjudicando a ambos.
- (687) Además, el informe económico que BOOKING.COM aporta como anexo 3 de su escrito de alegaciones sostiene que otras OTAs parecen utilizar criterios similares a los de BOOKING.COM, lo que confirmaría que su uso es resultado de un proceso de competencia normal en el mercado. Concretamente, BOOKING.COM cita el caso de los criterios utilizados por EXPEDIA, que tienen en cuenta la competitividad de los precios y la compensación que recibe

⁵³³ Folio 7053 y ss.

⁵³⁴ Véase folios 7470 a 7474.

EXPEDIA⁵³⁵. De acuerdo con BOOKING.COM, ello sugiere que EXPEDIA emplea la comisión recibida e implícitamente el número de reservas realizadas, así como la tasa de conversión, para ofrecer resultados de búsqueda relevantes a los consumidores.

- (688) Analizado lo anterior, esta Sala insiste en que no observa qué relevancia para el consumidor pueden tener los resultados basados en el número de reservas (sin corregirlo por el número de visitas que ha recibido el hotel en BOOKING.COM, como sí hace por ejemplo la tasa de conversión) toda vez que en dicho caso entra en juego el número absoluto de habitaciones que tiene el hotel en BOOKING.COM, favoreciendo la concentración de reservas en una sola plataforma y a los hoteles con más habitaciones disponibles en BOOKING.COM. Así, por ejemplo, si dos hoteles tienen la misma tasa de conversión, pero uno tiene más reservas (por ejemplo, porque ese hotel es más grande o porque meramente destina un mayor número de habitaciones en BOOKING.COM), va a acabar mejor posicionado, pero no porque sea más relevante para el consumidor sino porque ha estado dispuesto a poner a disposición de BOOKING.COM, con la correspondiente comisión, un mayor número de habitaciones.
- (689) Con carácter adicional, el empleo del criterio del nivel de reservas por separado a la tasa de conversión plantea una serie de distorsiones:
- Tal y como se acaba de exponer, el número de reservas favorece, a igualdad de condiciones, a los hoteles con más habitaciones que con menos, aunque para un consumidor haya disponibilidad del número de habitaciones requerida en ambos.
 - Tal y como se ha razonado anteriormente (párrafos (655) y (656)), el empleo del nivel de reservas como criterio reduce la competencia entre OTAs prestadoras de servicios de intermediación a hoteles, pues los hoteles que tengan más reservas en BOOKING.COM aparecerán mejor posicionados *ceteris paribus*. Recuérdese que las dos vías principales que tiene un hotel para privilegiar las ventas en BOOKING.COM frente a otras OTAs (y así incidir en el nivel de reservas, empleado como criterio de la clasificación predeterminada) son el precio y la cantidad de habitaciones que pone en las distintas OTAs:
 - por lo que se refiere al precio de la habitación, no fijando un precio más barato en las OTAs competidoras que en BOOKING.COM, para así tener más ventas en BOOKING.COM, y

⁵³⁵ De acuerdo con la información recogida en <https://welcome.expediagroup.com/en/tools/improve-the-visibility-of-your-property>

- por lo que respecta a la cantidad de habitaciones, no poniendo un número mayor de habitaciones en las OTAs competidoras que en BOOKING.COM, para así tener más ventas en BOOKING.COM.

Incluso cuando un hotel fija el mismo precio y disponibilidad de habitaciones (cantidad) en BOOKING.COM y sus OTAs competidoras (lo cual no es más que un caso concreto del supuesto general de no fijar condiciones comerciales más favorables en OTAs competidoras que en BOOKING.COM, inducido por el criterio de la clasificación predeterminada reseñado), BOOKING.COM sale beneficiado, en términos comparativos, frente a sus competidores, ya que atraerá más ventas habida cuenta de su muy fuerte posición dominante y las barreras de entrada que lo afianzan.

A lo anterior cabe añadir la consideración de que, en un contexto de oferta rígida de habitaciones de un hotel, las reservas que tengan lugar en BOOKING.COM dejan de poder celebrarse en OTAs competidoras.

- (690) En este sentido, la defensa del criterio de reservas por parte de BOOKING.COM, basada en que los hoteles con más reservas suelen tener más disponibilidad (lo cual, a su juicio, podría resultar más interesante para los consumidores), carece de relevancia para el consumidor que realiza una búsqueda. No debe olvidarse que, si un hotel no tiene disponibilidad en BOOKING.COM, no aparecerá listado en su clasificación predeterminada de resultados, por lo que no queda claro en las alegaciones de BOOKING.COM en qué favorece al consumidor, en términos de disponibilidad, que BOOKING.COM premie en la clasificación a los hoteles con mayor número de reservas.
- (691) Asimismo, BOOKING.COM alega que, si el objetivo de su clasificación predeterminada de resultados fuera el beneficio, mostraría, en primer lugar, los hoteles más caros. Por lo que se refiere a esta alegación, cabe señalar que es dudoso el beneficio estratégico desde un punto de vista comercial de mostrar en primer lugar, en la clasificación de resultados predeterminada, los hoteles más caros (como un hotel 5* gran lujo), si la clasificación predeterminada se dirige a un consumidor medio para el que tiene que mostrar resultados relevantes y asequibles. A fin de cuentas, el objetivo de una clasificación predeterminada para una plataforma de intermediación es maximizar su beneficio esperado (a través de las comisiones, corregido por la probabilidad de que se produzca una reserva). Dentro de la lógica empresarial reseñada, es perfectamente factible que un operador dominante lleve a cabo prácticas comerciales que persigan desviar reservas de sus competidores hacia ella misma, incentivando a los hoteles a privilegiar las reservas en su plataforma frente a otras competidoras, a través de un mejor posicionamiento en la clasificación predeterminada (sobre la que se pueden aplicar filtros), que es, a fin de cuentas, la página principal desde donde

se inician la gran mayoría de reservas en BOOKING.COM (por encima de cuando el consumidor utiliza criterios de ordenación alternativos, tal y como se señala en el hecho 5.6 y, en particular, en el párrafo (286) y siguientes) y teniendo en cuenta la importancia de BOOKING.COM como fuente de reservas para los hoteles (recuérdese nuevamente su cuota de mercado en la Tabla 6).

(692) Además, el hecho que BOOKING.COM emplea criterios de ordenación de resultados que tienen exclusivamente en cuenta su beneficio, sin mediar consideraciones de relevancia para el consumidor, se desprende claramente de la existencia de sus programas comerciales opcionales en los que, a cambio de una mayor comisión en beneficio de BOOKING.COM, el hotel aparece mejor posicionado en la clasificación predeterminada de resultados:

- este es directamente el resultado del empleo de la herramienta 'Visibilidad Extra' (vid. hecho acreditado 5.12);
- también ocurre lo mismo con los Programas Preferente y Preferente Plus, que, no olvidemos, constituyen la principal fuente de ingresos para BOOKING.COM (vid. Tabla 15): así, en el caso de dos hoteles que cumplan los criterios de acceso para dichos Programas y uno de ellos decida entrar y el otro no, aquel que decida entrar, a igualdad de condiciones en todo lo demás, recibirá un mejor posicionamiento por el hecho de aceptar la mayor comisión a pagar a BOOKING.COM.

(693) Precisamente, sobre este punto, en el marco de la vista celebrada el pasado 7 de mayo de 2024 en la sede de la CNMC, este Consejo preguntó directamente a BOOKING.COM sobre el impacto de la suscripción de los mencionados programas en la lista de resultados de la web de BOOKING.COM de cara a obtener una mayor visibilidad en comparación con los hoteles que no hubieran suscrito los mismos⁵³⁶. La contestación dada por BOOKING.COM al respecto se limitó a señalar que los hoteles son libres de contratar o no dichos programas y, en general, alegó su interés en que se produzca el mayor número de transacciones posibles entre los hoteles y los clientes⁵³⁷. Estas explicaciones, a juicio de esta Sala, manifiestan la incapacidad de BOOKING.COM para defender la existencia una justificación objetiva al respecto, toda vez que no otorga elementos suficientes para defender el supuesto beneficio que obtienen los consumidores por el hecho de que en los primeros resultados aparezcan aquellos hoteles que contrataron los programas comerciales que les otorgaban

⁵³⁶ Véase la hora 1:40:42 en adelante de la vista oral celebrada el 7 de mayo de 2024 en la sede de la CNMC (folio 7463).

⁵³⁷ Véase la hora 1:41:46 en adelante de la vista oral celebrada el 7 de mayo de 2024 en la sede de la CNMC (folio 7463).

una visibilidad mayor y un mejor posicionamiento a cambio del pago de una mayor comisión a BOOKING.COM frente a los hoteles que no contrataron dichos programas.

- (694) Por lo que respecta a los dos experimentos que cita BOOKING.COM (según el cual **[CONFIDENCIAL WEB]**, cabe señalar que sus resultados no pueden ser considerados como concluyentes ya que no se pueden aceptar los resultados de dichos experimentos en la medida en que no aparecen singularizados los distintos elementos que BOOKING.COM habría eliminado en el citado experimento, no se detalla la metodología seguida ni se expone por qué se considera la misma adecuada al fin perseguido, no se aporta ningún soporte documental de las afirmaciones realizadas y no se indica **[CONFIDENCIAL WEB]** habría influido en el resultado final (de modo que permita separar el efecto de la **[CONFIDENCIAL WEB]**). Además, aunque se obviasen todas estas carencias en el análisis, el resultado que obtiene BOOKING.COM en el experimento no es en absoluto significativo, puesto que los porcentajes de impacto relativo que obtiene **[CONFIDENCIAL WEB]** son ínfimos –en la mayoría de los resultados analizados están lejos de alcanzar el 1%– y en ningún caso justificarían la utilización de este parámetro.
- (695) BOOKING.COM se refiere también, en su informe económico aportado como anexo 3 de su escrito de alegaciones al PCH, a que otras OTAs estarían supuestamente empleando el criterio controvertido de ordenación de resultados. Sin embargo, BOOKING.COM sólo cita el caso de EXPEDIA, por lo que no se puede verificar si el uso de dicho criterio de ordenación se encuentra tan extendido en otras OTAs, tal y como sostiene el informe económico, por lo que esta alegación no se puede acoger. Incluso considerando el caso de EXPEDIA, tampoco queda claro que EXPEDIA utilice el criterio controvertido porque, de la información aportada por BOOKING.COM, sólo se desprende que EXPEDIA utiliza como criterio de ordenación la compensación a pagar por el hotel por reserva, lo cual se puede interpretar perfectamente en términos del nivel de comisión que paga el hotel a EXPEDIA, y no en términos del número de reservas del hotel, tal y como quiere ver el informe económico. En cualquier caso, cabe recordar que las situaciones de BOOKING.COM y EXPEDIA en el mercado no son equiparables: a BOOKING.COM, como operador dominante, le corresponde una especial responsabilidad, que no tiene EXPEDIA, de modo que tiene que ofrecer una clasificación que no distorsione la competencia de acuerdo con lo razonado anteriormente (que mostraba como el criterio de ‘nivel de reservas’ induce a que los hoteles privilegien las reservas en BOOKING.COM frente a aquellas en OTAs competidoras de BOOKING.COM).

6.5.2.1.2.2.1.4. Conclusión sobre los criterios de ordenación en la clasificación predeterminada

(696) A la luz de lo anterior, esta Sala considera que el empleo del criterio de ordenación basado en el número de reservas, tiene como efecto reducir la competencia entre OTAs prestadoras de servicios de intermediación de reservas a hoteles, al promover que los hoteles concentren sus ventas/reservas en BOOKING.COM, en detrimento de otras OTAs, a través de dos vías:

- fijando unos precios en BOOKING.COM al menos tan baratos como en sus competidores (esto es, desincentivando que los hoteles tengan precios más baratos fuera de BOOKING.COM y, como consecuencia, tengan más ventas fuera de BOOKING.COM), y
- estableciendo una disponibilidad de habitaciones en BOOKING.COM al menos tan elevada como en sus competidores (esto es, desincentivando que los hoteles tengan un mayor número de habitaciones fuera de BOOKING.COM y, como consecuencia, tengan más ventas fuera de BOOKING.COM).

Esto, que no constituye competencia por los méritos, induce entre los hoteles, de forma indirecta, a seguir una política de precios y de disponibilidad de habitaciones basada en ofrecer los precios más baratos de sus habitaciones en BOOKING.COM en detrimento de otras OTAs competidoras. En definitiva, lleva a una desviación anticompetitiva de reservas de otras OTAs a BOOKING.COM, limitando con ello la competencia que dichas OTAs prestadoras de servicios de intermediación de reservas (mucho más pequeñas que BOOKING.COM) pueden ejercer a BOOKING.COM (con una posición de dominio muy fuerte).

(697) Por ello, esta Sala coincide con el órgano instructor en el sentido de concluir que **el empleo del criterio de ordenación basado en el número de reservas en la clasificación predeterminada de resultados de BOOKING.COM constituye un abuso de posición dominante desde al menos el 1 de enero de 2019** (fecha desde la que consta acreditada la posición dominante de BOOKING.COM en el mercado, estando vigente entonces la conducta) hasta la actualidad (dado que la conducta continúa vigente).

6.5.2.1.2.2.2.2. Requisitos de acceso y permanencia en los Programas Preferente y Preferente Plus

(698) A efectos de la presente resolución, existe un requisito para poder acceder y permanecer en los programas Preferente y Preferente Plus que merece un escrutinio detenido por sus efectos sobre la competencia, de acuerdo con la información recogida en los hechos acreditados 5.10 y 5.11: el llamado requisito de rendimiento (*performance*) del hotel en BOOKING.COM.

- (699) El análisis de esta Sala se ejemplifica con el Programa Preferente, dado que el Programa Preferente Plus es simplemente un nivel superior del Programa Preferente, que (i) exige unos requisitos en términos de criterio de rendimiento más exigentes que el Programa Preferente y que, por ello, (ii) ofrece una mayor visibilidad al hotel dentro de la clasificación predeterminada de resultados que bajo el Programa Preferente (hechos acreditados 5.10 y 5.11). Cabe recordar que ambos Programas permiten a los hoteles participantes influir en su posición dentro de los resultados de la clasificación predeterminada a cambio de una comisión suplementaria a la estándar.⁵³⁸

6.5.2.1.2.2.2.1. Competencia no basada en los méritos

- (700) Como se recoge en el hecho acreditado 5.10, con el requisito de rendimiento del Programa Preferente, BOOKING.COM atrajo al Programa Preferente, durante todo el periodo investigado, a hoteles que formaban parte del 30% de hoteles más rentables para BOOKING.COM en la zona geográfica relevante (definida por la propia BOOKING.COM). Además, un hotel participante en el Programa Preferente solo podía continuar en el mismo si se mantenía en esa franja del 30% de hoteles más rentables para BOOKING.COM.
- (701) Con su participación en el programa los hoteles obtenían como principal contrapartida una mejor posición dentro de la clasificación predeterminada de resultados y, como consecuencia, un mayor número de reservas (véase el hecho acreditado 5.9).
- (702) Este mayor número de reservas que reporta el Programa Preferente mejoraba, a su vez, las estadísticas de los hoteles participantes en los dos criterios de clasificación referidos en las secciones 5.6 y 5.7 de los hechos acreditados, esto es, el número de reservas y la tasa de conversión, lo cual conducía a una mejora adicional de posición en la clasificación (en una suerte de efecto multiplicador), haciendo todavía más atractivo el Programa Preferente para los hoteles.
- (703) Por su parte, BOOKING.COM obtenía como ventaja una mayor comisión.
- (704) Como se ha razonado al abordar la conducta anticompetitiva anterior, para que un hotel sea más rentable en BOOKING.COM, debe tener más ventas que sus competidores en la zona geográfica relevante definida por BOOKING.COM, lo cual conduce a que el hotel trate de concentrar sus ventas en BOOKING.COM en detrimento de otras OTAs. Ello se consigue, en buena medida, no teniendo el hotel precios más baratos en otras OTAs que en BOOKING.COM ni teniendo

⁵³⁸ Otros programas que aumentan visibilidad del hotel en la clasificación predeterminada de resultados de BOOKING.COM (como es el caso de 'Visibilidad Extra' o el *Genius*) no exigen al hotel cumplir con este criterio de rendimiento.

una mayor disponibilidad de habitaciones en otras OTAs que en BOOKING.COM.

- (705) Así pues, **con este requisito de rendimiento del Programa Preferente, BOOKING.COM logró comprometer a los hoteles participantes, de forma indirecta, a no fijar precios más baratos ni tener una mayor disponibilidad de habitaciones fuera de BOOKING.COM, privando a las OTAs competidoras de BOOKING de poder competir en precio o en disponibilidad de habitaciones con BOOKING.COM.** Concretamente, los hoteles participantes en el Programa Preferente se veían desincentivados a fijar precios más bajos o tener una mayor disponibilidad de habitaciones en otras OTAs que en BOOKING.COM, por mucho que la comisión de estas otras OTAs pudiera ser más atractiva que la fijada por BOOKING.COM, ya que, caso contrario, se exponían a bajar de rentabilidad en BOOKING.COM y ser expulsados del Programa Preferente, perdiendo con ello las reservas que entrañaba la mayor visibilidad en la clasificación predeterminada asociada a este Programa (por lo que se refiere a la relación entre la posición en una clasificación de resultados y las reservas recibidas, véase el hecho acreditado 5.9).
- (706) A la luz de lo anterior, cabe concluir que el requisito de acceso y permanencia en el Programa Preferente, basado en la rentabilidad del hotel para BOOKING.COM, dista de la competencia en méritos en la medida en que BOOKING.COM ofrece una mejora de la visibilidad del hotel en la clasificación predeterminada de resultados, anclada en la importancia que tiene BOOKING.COM como motor de reservas para los hoteles dada su posición de dominio, para extraer de los hoteles unos compromisos en términos de ventas, disponibilidad de habitaciones y precios con respecto a otras OTAs y así alejarse, en este sentido, de la variable competitiva fundamental para competir con otras OTAs a la hora de atraer hoteles, que es el nivel de comisión por la intermediación de reservas.
- (707) En apoyo de lo anterior, cabe señalar que el informe sobre el ejercicio de monitorización llevado a cabo en el sector de reservas hoteleras online por las autoridades de competencia de la UE en 2016 (en adelante, el Informe de Monitorización) señala como uno de los motivos más importantes citados por los hoteles a la hora de no diferenciar en materia de precios entre distintas OTAs era el:

“miedo a ser penalizados por las OTAs a las cuales el hotel no diese el precio más bajo (por ejemplo, una presentación menos favorable o la pérdida del estatus de socio preferente)” (traducción propia).⁵³⁹

(708) En esta misma línea, el Informe de Monitorización señala que:

“muchos hoteles mencionaron medidas adoptadas por las OTAs para “penalizar” comportamiento no deseado por parte de los hoteles -como la diferenciación en materia de precios y/o en materia de disponibilidad de habitaciones- sin recurrir a las cláusulas de paridad. Estas medidas incluyeron el “borrado” (quitar imágenes y otros detalles del hotel) o la “degradación” del hotel (bajar su posicionamiento) en los resultados de búsqueda de la OTA” (traducción propia).⁵⁴⁰

(709) A mayor abundamiento, el Estudio de Mercado de la CE señala que:

“los hoteles sostienen que la clasificación y la visibilidad son incentivos (o desincentivos) indirectos, pero muy relevantes, que emplean las OTAs para influir activamente en la política de precios o de disponibilidad de habitaciones de los hoteles en las OTAs” (traducción propia).⁵⁴¹

(710) BOOKING.COM cuestiona en sus alegaciones la validez de las afirmaciones del órgano instructor relativas al Informe de Monitorización, por los siguientes motivos:

- España no fue uno de los países participantes en el ejercicio de monitorización, por lo que dicho informe no se puede utilizar como prueba contra BOOKING.COM o apoyo de los argumentos del PCH;
- El Informe de Monitorización (en su apartado 9 y gráfico 1) recoge que la razón más frecuente aducida por los hoteles para no diferenciar precios entre OTAs (53%) era que no veían motivo para tratar de forma diferente a distintas OTAs;
- Las respuestas que refleja el Informe de Monitorización no se refieren específicamente a BOOKING.COM, por lo que no pueden utilizarse como prueba contra BOOKING.COM.

(711) Por lo que respecta a las alegaciones de BOOKING.COM relativas al Informe de Monitorización, es cierto que, como afirma BOOKING.COM, España no fue uno de los Estados miembros cubiertos por el mismo. Por este motivo, el órgano instructor completó la cita de dicho informe con las opiniones recabadas en una muestra de hoteles situados en España (véase los párrafos (713) y siguientes de la presente resolución), para contrastar la aplicabilidad al caso español de las observaciones recogidas en el mismo. Por ello, a juicio de esta Sala, el hecho

⁵³⁹ Párrafo 19 y gráfico 1, páginas 10 y 11 del informe.

⁵⁴⁰ Párrafo 50, página 23 del informe.

⁵⁴¹ Página 59 del Estudio de Mercado de la CE.

que BOOKING.COM no aparezca citado expresamente en el Informe de Monitorización no excluye que las citas afecten a BOOKING.COM, toda vez que (i) el informe hace referencia a prácticas comerciales (como la concesión de la condición de socio preferente a un hotel) que BOOKING.COM utiliza en el mercado, y (ii) que BOOKING.COM es, con gran diferencia, la mayor OTA del mercado y a la que conocen más hoteles del mercado.

(712) **Por todo ello, no pueden acogerse las alegaciones de BOOKING.COM sobre que la DC citase erróneamente el Informe de Monitorización y el Estudio de Mercado de la CE.**

(713) Como se ha indicado, para contrastar las observaciones del Informe de Monitorización y del Estudio de Mercado de la CE, el órgano instructor dirigió un requerimiento de información a una muestra de hoteles situados en Madrid (destino urbano) y en la isla de Mallorca (destino de costa) que ingresaron en el Programa Preferente de BOOKING.COM durante el periodo 2019-2022, para conocer qué medidas adoptaron de cara a alcanzar la puntuación de rendimiento (*performance score*) necesaria para acceder a dicho Programa Preferente.⁵⁴² En particular, la DC les preguntó, si para alcanzar dicha puntuación de rendimiento, optaron, como política comercial, por reducir o limitar la diferencia de precios que guardaban las habitaciones de su hotel en BOOKING.COM con respecto al precio que establecía para dichas habitaciones en otras OTAs que empleasen para comercializar habitaciones de su hotel. A continuación, se resumen las respuestas recibidas:

- se recibieron 6 respuestas de hoteles independientes:
 - 3 hoteles señalan no haber adoptado ninguna medida,⁵⁴³
 - un hotel indica que redujo o limitó la diferencia de precios con respecto a otras OTAS,⁵⁴⁴

⁵⁴² La muestra se dirigió a los dos tipos principales de hoteles por el turismo al que se dirigen: turismo urbano y turismo de costa-playa. Para cada tipo de turismo se escogió una zona geográfica que pudiese albergar un número suficientemente representativo de hoteles que hubiesen ingresado en el Programa Preferente de BOOKING.COM en el periodo 2019-2022, cubriendo hoteles independientes, cadenas nacionales e internacionales). Por ello, se optó finalmente por dos zonas geográficas, Madrid (turismo urbano) y la isla de Mallorca (costa-playa).

Dentro de cada zona (Madrid e isla de Mallorca), la DC se dirigió a un total de 10 hoteles: 4 hoteles independientes, 3 cadenas nacionales y 3 cadenas internacionales.

⁵⁴³ Folios 4122, 4176 y 4259.

⁵⁴⁴ Folio 4200.

- un hotel manifiesta “*visualización con ofertas agresivas para conseguir posicionamiento*”,⁵⁴⁵
- un hotel indica que se adoptó como política “*aumentar la comisión*”.⁵⁴⁶

Por tanto, 3 hoteles indicaron que no modificaron su política comercial de cara a satisfacer el criterio de rendimiento del Programa Preferente, mientras que 2 hoteles señalaron que modificaron su política de precios, uno para limitar la diferencia de precios de BOOKING.COM con otras OTAs y otro para tener precios más baratos en BOOKING.COM. En cuanto al último hotel independiente, se considera que su respuesta no responde a lo preguntado, al referirse al aumento de la comisión que conlleva el ingreso en el Programa Preferente.

- la DC también se dirigió a cadenas hoteleras (tanto nacionales como internacionales), recibándose:

- 5 respuestas por parte de cadenas nacionales del siguiente tenor:
 - una cadena hotelera señaló que su hotel preguntado entró en el Programa Preferente directamente al pasar a formar parte de su cadena, “*por lo que no se tuvo que adaptar ninguna medida excepcional*”.

No obstante, indica que “*En algún otro caso sí hemos tenido que reducir la diferencia de precios de Booking Vs Web Hotel y otras OTAs, garantizando a Booking competitividad óptima, para poder optar a su programa preferente de alojamientos.*”⁵⁴⁷

- una cadena hotelera indica que no tuvo que adoptar ninguna medida porque sus dos hoteles preguntados “*eran directamente elegibles para participar en el Programa Preferente cuando pasaron a ser gestionados por*” su cadena;⁵⁴⁸
- tres cadenas hoteleras no adoptaron ninguna medida;⁵⁴⁹
- 4 respuestas de cadenas internacionales, en el siguiente sentido:
 - una cadena hotelera no adoptó ninguna medida;⁵⁵⁰

⁵⁴⁵ Folio 4183.

⁵⁴⁶ Folio 4245.

⁵⁴⁷ Folio 4192.

⁵⁴⁸ Folio 4209.

⁵⁴⁹ Folios 4266 (folio 4271 no confidencial), 4470 (folio 4476 versión no confidencial) y 4488.

⁵⁵⁰ Folio 4348 (folio 4570 no confidencial).

- una cadena hotelera no pudo responder porque los dos hoteles preguntados ya se encontraban en el Programa Preferente cuando pasaron a su propiedad;⁵⁵¹
- otra cadena hotelera no tenía información específica sobre los esfuerzos realizados por los hoteles preguntados para cumplir con los requisitos del Programa Preferente, pues ello tiene lugar a nivel del hotel. No obstante, señala que *“actualmente no ofrecemos precios diferentes a distintos OTA (ni tenemos planes para hacerlo).”*⁵⁵²

Preguntado un hotel de esta cadena por el órgano instructor, éste señaló que cuando su actual propietario compró el mismo (diciembre 2019), éste ya cumplía el *performance score*, por lo que no tuvo que tomar ninguna medida para alcanzar dicha puntuación de cara a su ingreso en el Programa Preferente en febrero de 2020;⁵⁵³

- otra cadena señaló que *“Actuando como intermediario (encargado de negociar con Booking.com en nombre de las propiedades hoteleras), [el franquiciador de la marca hotelera] puede recomendar a las propiedades hoteleras que sigan una estrategia de paridad de precios, con el fin de limitar las posibles penalizaciones de clasificación vinculadas a la diferencia de precios.”*⁵⁵⁴

- (714) Por tanto, dos de los 5 hoteles independientes que respondieron a la encuesta (i.e., un 40%) señalaron que habían modificado su política de precios para poder satisfacer el criterio de rendimiento necesario para poder ingresar en el Programa Preferente: uno indicando expresamente que había limitado/reducido la diferencia de precios en BOOKING.COM con respecto a otras OTAs y otro introduciendo precios más baratos en BOOKING.COM.
- (715) Por lo que respecta a las cadenas hoteleras españolas consultadas (que representan aproximadamente un total de 328 establecimientos hoteleros en 2023)⁵⁵⁵, se consideró por la DC que 4 de las 5 respuestas recibidas permiten analizar el efecto del *performance score* sobre los precios de las habitaciones entre OTAs:⁵⁵⁶

⁵⁵¹ Folio 4235.

⁵⁵² Folio 4363 (folio 4430 no confidencial).

⁵⁵³ Folios 4376 a 4378.

⁵⁵⁴ Folio 4443.

⁵⁵⁵ De acuerdo con información pública de dichas cadenas a diciembre de 2023: Hipotels (27), Grupotel (47), Iberostar (35), Meliá (138) y Sercotel (81)

⁵⁵⁶ La respuesta descartada señala que los hoteles pudieron entrar directamente en el Programa Preferente al pasar a ser miembros de su cadena hotelera.

- tres cadenas han manifestado no haber modificado su política comercial para cumplir con el requisito de rendimiento (*performance score*), y
- la cadena restante, en cambio, ha señalado que en algunos casos ha “*tenido que reducir la diferencia de precios de Booking Vs Web Hotel y otras OTAs, garantizando a Booking competitividad óptima, para poder optar a su programa preferente de alojamientos.*”⁵⁵⁷

(716) Por lo que se refiere a las cadenas hoteleras internacionales consultadas por la DC (que representan aproximadamente un total de 225 establecimientos hoteleros en 2023)⁵⁵⁸ (véase párrafo (160) sobre la muestra de hoteles requeridos), cabe extraer las siguientes conclusiones:

- una cadena indica que no modificó su política de precios de cara a ingresar en el Programa Preferente;
- otra cadena señala que las decisiones relativas al Programa Preferente corresponden a cada hotel individual, si bien precisa que tiene por política general no ofrecer precios diferentes entre distintas OTAs;
- una última cadena recomienda a sus hoteles franquiciados seguir una estrategia de paridad de precios “*con el fin de limitar las posibles penalizaciones de clasificación vinculadas a la diferencia de precios,*”⁵⁵⁹ lo que, a juicio de esta Sala, coadyuva indirectamente a la consecución del requisito de rendimiento (*performance score*) necesario para ingresar en el Programa Preferente.

(717) En relación con las respuestas recibidas de los hoteles situados en España, BOOKING.COM en sus alegaciones a la PR⁵⁶⁰ considera que la muestra no es representativa para extraer conclusiones (al ascender solo a 15 hoteles) y que, en cualquier caso, los resultados no respaldarían las conclusiones del órgano instructor porque:

- sólo dos hoteles independientes de los 5 que respondieron indicaron que habían modificado su política de precios;
- sólo una cadena hotelera nacional respondió que había modificado su política de precios; y

⁵⁵⁷ Folio 4192 (versión no confidencial folio 4627).

⁵⁵⁸ De acuerdo con información pública de dichas cadenas a diciembre de 2023: Accor (93), Hilton (21), Hyatt (55) y Marriott (98)

⁵⁵⁹ Folio 4443.

⁵⁶⁰ Folios 7072 y siguientes.

- en el caso de las cadenas hoteleras internacionales, solo una indicó que “*puede recomendar*” a los hoteles de su cadena que adopten la paridad de precios.

(718) Por lo que se refiere a la representatividad de la muestra consultada, y tal como se ha señalado con anterioridad a propósito de la definición de mercado (párrafo (181), BOOKING.COM no indica motivos concretos por el cual el número y tipo de hoteles seleccionados resulten insuficientes. Como se indicó en el PCH (párrafo 111 del PCH) y se reitera en la PR (párrafo 177 de la PR), es una muestra suficiente -no anecdótica, como señala BOOKING.COM- dirigirse a 17 hoteles que representasen la variedad de tipos de hoteles presentes en nuestro país

- Hoteles independientes (8), cadenas nacionales (5) y cadenas internacionales (4).
- A la vez, representativos a partes iguales un destino urbano (para lo cual se escogió la zona de Madrid, dado su elevado parque hotelero) y de turismo de playa en España (para lo cual se eligió la isla de Mallorca, también por su elevado parque hotelero).

(719) Como resultado, se obtuvieron 15 respuestas (6 hoteles independientes y todas las cadenas hoteleras consultadas) que a juicio de esta Sala es una muestra suficientemente representativa de las distintas tipologías de hoteles presentes en España y fiable para dar sustento a las conclusiones alcanzadas por el órgano instructor en la PR y que este Consejo asume como propias.

(720) Debe resaltarse que el objetivo del requerimiento de información a estos hoteles no era la cuantificación de efectos específicos de la conducta, sino mostrar que la preocupación del órgano instructor acerca de los potenciales efectos anticompetitivos de estas prácticas tenía fundamento, como así confirmaron los hoteles consultados.

(721) Al respecto, resulta claramente ilustrativo y relevante a efectos de la presente resolución que existan hoteles en cada segmento al que se dirigió la DC (dos hoteles independientes de los 5 que respondieron a la pregunta, una cadena hotelera nacional de las 4 que respondieron a la pregunta y una cadena hotelera internacional de las tres que respondieron a la pregunta) que indiquen que, para poder satisfacer el criterio de rendimiento del Programa Preferente, redujeron o recomendaron reducir la diferencia de precios entre BOOKING.COM y otras OTAs. Por lo que queda claro que, de cara a ingresar/permanecer en el Programa Preferente, el criterio de rendimiento tiene el efecto real, y no solo potencial, de inducir una reducción de las diferencias de precios entre BOOKING y sus OTAs competidoras, sin que sea preciso que ese efecto alcance a todos

los hoteles que desean ingresar/permanecer en el mismo. Además, cabe reseñar que la mayor proporción de hoteles que ha manifestado reducir su diferencia de precios entre BOOKING.COM y OTAs competidoras se da en el segmento de hoteles independientes, con un 40%, que es precisamente el segmento con mayor parque hotelero en nuestro país y que se muestra más dependiente del canal de distribución que representan las OTAs.

- (722) Por lo que se refiere a la validez de la opinión vertida por la cadena hotelera internacional que manifestó que:

“Actuando como intermediario (encargado de negociar con Booking.com en nombre de las propiedades hoteleras), [el franquiciador de la marca hotelera] puede recomendar a las propiedades hoteleras que sigan una estrategia de paridad de precios, con el fin de limitar las posibles penalizaciones de clasificación vinculadas a la diferencia de precios.”⁵⁶¹

Esta manifestación apoya las conclusiones alcanzadas por esta Sala en la medida en que, ante una pregunta expresa del órgano instructor (sobre, si para cumplir con el criterio de rendimiento, optó por reducir o limitar la diferencia de precios que guardaban las habitaciones de su hotel en BOOKING.COM con respecto al precio que establecía para dichas habitaciones en otras OTAs que emplea para comercializar habitaciones de su hotel), la cadena explicita que considera recomendar a los hoteles de su cadena una estrategia de paridad de precios, dado que es consciente de que ello contribuye a “limitar las posibles penalizaciones de clasificación vinculadas a la diferencia de precios” en la página web de BOOKING.COM, es decir, lo contrario supondría arriesgarse a empeorar el posicionamiento de sus hoteles en la clasificación predeterminada de resultados que ofrece BOOKING.COM en su página web.

- (723) **Por todo ello, no pueden acogerse las alegaciones de BOOKING.COM relativas a la falta de representatividad de la muestra de hoteles consultados y a los resultados de dicha consulta.**

- (724) Teniendo en cuenta lo recogido en el hecho acreditado 5.9, y que muchos hoteles son altamente dependientes de las OTAs, el recibir una posición más baja en la clasificación predeterminada de resultados puede suponerles un riesgo (financiero). Como resultado de lo señalado anteriormente, el requisito de acceso y permanencia en el Programa Preferente basado en la rentabilidad del hotel para BOOKING.COM, restringe la diferenciación de precios de los hoteles entre OTAs.

⁵⁶¹ Folio 4443.

6.5.2.1.2.2.2.2. Aptitud para restringir la competencia

- (725) Por lo que se refiere a la aptitud del requisito de acceso y permanencia en el Programa Preferente, basado en el rendimiento del hotel en BOOKING.COM, a la hora de restringir la competencia, cabe recordar que el Programa Preferente supuso en 2019-2022 el **[CONFIDENCIAL]**% de los ingresos por comisiones pagadas por los hoteles situados en España (véase la Tabla 15) cuando, por definición, el programa solo cubre el 30% de los hoteles. Aun teniendo en cuenta que la comisión del Programa Preferente es mayor que la estándar (en términos porcentuales, un **[CONFIDENCIAL]**% mayor), se observa que el Programa Preferente captura, en términos relativos, los hoteles que generan más ingresos y, con ello, los efectos anticompetitivos del requisito de acceso al Programa Preferente basado en el rendimiento se magnifican.
- (726) Esta Sala ya ha valorado la importancia de la clasificación predeterminada de resultados como fuente de reservas dentro de BOOKING.COM (hecho 5.9), razón del atractivo del Programa Preferente para los hoteles, dada la mejor posición que promete en dicha clasificación.
- (727) Así, en relación con el requisito de rendimiento, éste produce, como se ha expuesto, un efecto similar al criterio de ordenación de la clasificación predeterminada ya analizado (que promueve que un hotel privilegie las ventas en BOOKING.COM en detrimento de otras OTAs competidoras): al exigir el requisito de rendimiento que el hotel se encuentre entre el 30% de hoteles con mayor número de reservas en BOOKING.COM dentro de una zona geográfica (hecho acreditado 5.10), este requisito promueve una suerte de competición entre los hoteles para poder encontrarse entre ese 30% de hoteles, competición que inducirá a que los hoteles privilegien las reservas a través de BOOKING.COM frente a otras OTAs vía un precio y una disponibilidad de habitaciones (cantidad de habitaciones en la plataforma) al menos tan atractivos en BOOKING.COM como en sus competidoras (si no más).
- (728) En este sentido, no debe olvidarse que, aunque un hotel no logre encontrarse entre el 30% de hoteles con mayor número de reservas en BOOKING.COM (dentro de una zona geográfica), el hecho de que el hotel haya querido cumplir con dicho requisito habrá desplegado efectos en términos de haber incentivado la concentración de sus reservas en BOOKING.COM en detrimento de OTAs competidoras. En otras palabras, aunque el Programa Preferente solo alcance al 30% de los hoteles de una zona, es preciso tener en cuenta que ejerce efectos sobre los precios y la disponibilidad de habitaciones, tanto de los hoteles que se encuentran en el Programa Preferente (y deseen continuar en el mismo) como de los que aspiran a ser parte del mismo y no lo consiguen, con el añadido de

que dicho requisito emplea datos históricos del hotel sobre reservas para su cómputo.

- (729) Por tanto, esta Sala coincide con la DC en la consideración de que el requisito de rendimiento asociado al Programa Preferente incentiva que tanto los hoteles participantes del Programa Preferente como los que aspiran a entrar en él, sigan, de forma indirecta, una política de precios y de disponibilidad de habitaciones basada en ofrecer los precios más baratos de sus habitaciones en BOOKING.COM en detrimento de otras OTAs competidoras, lo que produce efectos restrictivos de la competencia.
- (730) En la medida en que, para que los hoteles puedan entrar en el programa Preferente y mejorar así su posición en la clasificación predeterminada de los resultados de búsqueda, éstos deben cumplir el requisito del rendimiento (i.e. los hoteles deben encontrarse entre el 30% de hoteles con mayor número de reservas en BOOKING.COM dentro de una zona geográfica), el sistema implantado por BOOKING.COM les induce a que éstos privilegien las reservas a través de BOOKING.COM frente a otras OTAs vía un precio al menos tan atractivo en BOOKING.COM como en sus competidoras, así como mediante una disponibilidad de habitaciones al menos tan elevada como en otras OTAs competidoras.
- (731) Y en lo que se refiere la teoría del daño asociada a esta conducta, cabe remitirse a lo recogido en el Informe de Monitorización mencionado anteriormente:⁵⁶²
- por un lado, conduce a una suavización de la competencia entre las OTAs presentes en el mercado, pudiendo fijar así comisiones más altas sabiendo que los consumidores no podrán encontrar alternativas más económicas y que el coste de sus comisiones se repartirá entre todas las reservas -no solo las procedentes de OTAs-;
 - por otro, impiden la entrada o expansión de OTAs nuevas o más pequeñas que no pueden competir de modo efectivo ofreciendo a los hoteles unas comisiones más bajas a cambio de una mayor disponibilidad de habitaciones o tarifas de habitaciones más bajas.
- (732) Más concretamente, el requisito rendimiento para el acceso y mantenimiento a los programas Preferente y Preferente Plus de BOOKING.COM reducen los incentivos de las OTAs a la hora de competir en las condiciones que ofrecen a los hoteles, incluyendo las comisiones que cobran a los mismos. Dado que el requisito de rendimiento incentiva a los hoteles a ofrecer el mismo precio de la

⁵⁶² Párrafo 3, página 5 del informe, disponible en https://ec.europa.eu/competition/ecr/hotel_monitoring_report_en.pdf

habitación en todas las OTAs que emplean, los hoteles no pueden ‘recompensar’ a una OTA que le cobra una comisión inferior, ofreciendo un precio más bajo de las habitaciones en su plataforma, como tampoco pueden penalizar una OTA que le cobra una mayor comisión, ofreciendo un precio más alto de las habitaciones en dicha OTA.

- (733) Cabe realizar una observación adicional acerca de los efectos anticompetitivos señalados en relación con el requisito de acceso al Programa Preferente (y, por ende, al Programa Preferente Plus) basado en el rendimiento del hotel y es que, al capturar este Programa el 30% de hoteles más rentables para BOOKING.COM en una determinada zona, provoca que las OTAs competidoras de BOOKING resulten menos atractivas comercialmente para los hoteles que *a priori* también resultarían más rentables a estas OTAs competidoras (en cuanto a la importancia de los hoteles del Programa Preferente en los ingresos de BOOKING.COM, véase la Tabla 15).
- (734) BOOKING.COM ha defendido en sus alegaciones al PCH y la PR que los datos que remitió a la CNMC en el curso de la instrucción mostrarían que las estancias vendidas en BOOKING.COM durante 2022 supusieron una pequeña parte de la capacidad total de estancias de los alojamientos, lo cual contradiría la afirmación de que los alojamientos sienten la necesidad de asignar la mayoría de sus estancias a Booking.com debido a la conducta. Por el contrario, según BOOKING.COM, dichos datos sugerirían que la gran mayoría de las estancias de los alojamientos en un año quedarían a disposición de otras OTAs y otros canales para su distribución.
- (735) Como ya ha indicado la DC en la PR y reitera esta Sala, esta alegación de BOOKING.COM no puede aceptarse como válida, por diversos motivos:
- Desde un punto de vista metodológico, para calcular la capacidad de los hoteles en España, BOOKING.COM considera que estos están abiertos todo el año, cuando es bien conocida la estacionalidad de ciertos destinos turísticos (particularmente en España) que lleva a que los hoteles allí situados solo abran una parte del año (ese sería el caso, por ejemplo, de los destinos de costa, que absorben buena parte del parque hotelero en España). Este hecho ya invalida de por sí el análisis de BOOKING.COM.
 - Además, para mostrar que la conducta controvertida despliega efectos anticompetitivos, basta con ceñirse al mercado de servicios de intermediación de reservas en línea por parte de OTAs que es el mercado en el que está presente BOOKING y donde está desplegando esta conducta (con independencia de la capacidad que los hoteles asignen a otros canales) y, tal y como se ha expuesto anteriormente, en este mercado BOOKING.COM

disfruta de una elevada posición de dominio y la conducta ha restringido, al menos de modo potencial, la competencia en el mismo.

(736) **Por todo ello, no pueden acogerse las alegaciones de BOOKING.COM sobre la irrelevancia de las estancias vendidas en BOOKING.COM.**

(737) Basándose en la sección 3 del informe económico que aporta como Anexo 2 de su escrito de alegaciones al PCH, BOOKING.COM mantiene que los hoteles no dependen de los Programas Preferente y Preferente Plus y, por tanto, no pueden producirse los efectos anticompetitivos se le atribuye, pues:

- **[CONFIDENCIAL]**.

(738) Esta alegación de BOOKING.COM no puede acogerse porque se basa en una premisa errónea para argumentar la falta de efectos anticompetitivos que se deriva del empleo del requisito basado en la rentabilidad del hotel: la supuesta falta de dependencia de los hoteles respecto a los Programas Preferente y Preferente Plus. La instrucción del expediente y la presente resolución revelan que, para mostrar la existencia de efectos restrictivos de dicho criterio, no es preciso acudir a una supuesta dependencia de los hoteles respecto de los Programas Preferente y Preferente Plus, sino que basta con mostrar su importancia en la dinámica competitiva del mercado en el que BOOKING.COM es dominante:

- así, la Tabla 15 muestra la destacada importancia que tiene el Programa Preferente dentro de los ingresos de BOOKING.COM, a partir de las comisiones que genera dicho Programa (este Programa supuso una media del **[CONFIDENCIAL]** de los ingresos de BOOKING.COM durante el periodo investigado), y,
- esta importancia de los Programas Preferente y Preferente Plus se extiende al conjunto del mercado, habida cuenta que
 - o las cuotas del mercado de servicios de intermediación de reservas en línea por parte de OTAs, se calculan basándose en el importe de las comisiones cobradas por las OTAs a los hoteles, y
 - o la elevada posición de dominio de BOOKING.COM en dicho mercado, con una cuota media del **[CONFIDENCIAL]** durante el periodo investigado (véase la Tabla 6, la Tabla 7 y la Tabla 8).

(739) Además, los argumentos expuestos por BOOKING.COM para afirmar que no existen hoteles dependientes de los Programas Preferente y Preferente Plus no resultan convincentes por los siguientes motivos:

- La evidencia relativa a la importancia de los Programas Preferente y Preferente Plus expuesta en el párrafo anterior (738).

- El empleo de los ingresos de los hoteles que no pertenecen a los Programas Preferente y Preferente Plus en las alegaciones de BOOKING.COM oculta la importancia que tienen dichos Programas para los que sí pertenecen a los mismos. Además, hay que tener en cuenta que, por diseño de los Programas Preferente y Preferente Plus, solo un número limitado de hoteles puede formar parte de dichos Programas (el 30% del parque hotelero).
- Por lo que respecta al ejercicio que realiza la sección 3 del informe económico que BOOKING.COM aporta como Anexo 2 de su escrito de alegaciones al PCH, el mismo tampoco sirve para mostrar que los hoteles no necesiten formar parte de los Programas Preferente y Preferente Plus:
 - El ejercicio del informe económico compara datos con un origen y una metodología distintos:
 - Por un lado, se emplean datos totales de los hoteles estándar de BOOKING.COM que estuvieron activos durante todo el periodo 2019-2022 y que no cambiaron su estado de asociación (estándar) durante este periodo.
 - Por otro lado, se utilizan datos del INE basados en una encuesta entre establecimientos hoteleros (de acuerdo con la definición de 'establecimiento hotelero' seguida por el INE). De hecho, el propio INE advierte en su sitio web de que *"Debido a distintas actualizaciones en los directorios de establecimientos, no son directamente comparables los datos de distintos años"*⁵⁶³.
 - Por lo que no queda garantizada la comparabilidad entre ambos grupos de datos, ya que, pese a las alegaciones de BOOKING a la PR⁵⁶⁴:
 - Existe un sesgo en la comparación, habida cuenta que BOOKING.COM selecciona hoteles que no salieron del mercado (por lo que tuvieron una salud financiera buena), mientras que los datos de INE contemplan la entrada y salida de establecimientos del mercado.
 - BOOKING.COM define internamente las zonas geográficas en las que engloba a los hoteles de forma distinta a como hace el INE.
 - Para llegar a la conclusión pretendida por BOOKING.COM (no se produce una expulsión de otras OTAs del mercado), habría que centrarse en el mercado relevante, que es donde despliegan los efectos las prácticas examinadas. En cambio, la comparación que realiza el informe económico

⁵⁶³ De acuerdo con lo recogido en <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=2076&L=0>

⁵⁶⁴ Folios 7070 y siguientes.

se establece entre datos en BOOKING.COM y datos considerando todos los canales (INE), cuando estos últimos se habrían de limitar al canal de OTAs pertenecientes al mercado relevante.

(740) **Por todo ello, no pueden acogerse las alegaciones de BOOKING.COM sobre la irrelevancia de los programas preferentes.**

6.5.2.1.2.2.2.3. Ausencia de justificación objetiva

(741) BOOKING.COM defiende que el requisito basado en la rentabilidad del hotel para poder acceder al Programa Preferente es necesario para garantizar que los hoteles que se van a beneficiar del impulso de visibilidad en su clasificación predeterminada de resultados constituyan una oferta de calidad⁵⁶⁵.

(742) Ahora bien, BOOKING.COM no ha explicitado en qué medida dicho criterio basado en la rentabilidad del hotel para BOOKING.COM redundaría directamente en dicho objetivo de aglutinar una oferta de mayor calidad (como sí hace, por ejemplo, el criterio basado en reseñas), por lo que no cabe apreciar dicha justificación sobre la necesidad de dicho criterio.

(743) BOOKING.COM ahonda en sus alegaciones en relación con la existencia de justificación objetiva para el empleo del criterio de rendimiento, apoyándose en la sección 2 del informe económico que aporta como Anexo 2 de su escrito de alegaciones. Concretamente, BOOKING.COM indica que dicho criterio le permite garantizar que los hoteles guarden una relación relevante con ella para poder ser considerados sus socios preferentes. Como expone BOOKING.COM, el criterio de rendimiento refleja **[CONFIDENCIAL]**.

(744) Por lo que se refiere a la justificación objetiva del criterio de acceso/permanencia en los Programas Preferente y Preferente Plus alegada por BOOKING.COM, cabe señalar, en primer lugar, la artificiosidad de la justificación objetiva alegada por BOOKING.COM:

- mientras que lo que esta Sala censura es el empleo de los ingresos esperados para BOOKING.COM en concepto de comisiones para poder participar/permanecer en los Programas Preferente y Preferente Plus,
- la justificación objetiva ofrecida por BOOKING.COM se centra en un componente de la rentabilidad del hotel para BOOKING.COM, el número de reservas, dejando de lado por qué BOOKING.COM necesita emplear la comisión media a pagar por noche de habitación como indicador de calidad para atraer hoteles que merezcan la condición de socio preferente para BOOKING.COM.

⁵⁶⁵ Folios 7060 y siguientes.

(745) Además, incluso si el criterio de rentabilidad se basase únicamente en el número de reservas del hotel (*quod non*) tampoco reuniría los requisitos de una justificación objetiva por distintos motivos:

- BOOKING.COM fundamenta el empleo del número de reservas siguiendo los mismos planteamientos que avanzó para justificarlo como criterio de ordenación de resultados de la clasificación predeterminada. Por ello, cabe remitirse a los razonamientos anteriormente expuestos en esta resolución en el marco del análisis del empleo de las reservas como criterio de ordenación (párrafos (688) a (690)) para no considerar las alegaciones de BOOKING.COM como válidas, debido a:
 - Las carencias que presenta el número de reservas del hotel como reflejo de la popularidad de un hotel (por el sesgo del mismo que favorece a los hoteles de mayor tamaño o que ofrezcan mayor disponibilidad en BOOKING.COM, en comparación, por ejemplo, con un criterio como la tasa de conversión -criterio que ya emplea BOOKING.COM en su clasificación predeterminada a la hora de ordenar los resultados de hoteles a una consulta (vid. párrafo (294) de la presente resolución-).
 - Principalmente, las distorsiones que introduce en la competencia entre OTAs, que, como se ha mostrado, son reales, y no solo potenciales, al inducir a los hoteles a limitar las diferencias de precios entre BOOKING.COM y sus OTAs competidoras (párrafo (719)).
- BOOKING.COM ha reivindicado el programa Preferente porque permite promocionar a los hoteles con mayor calidad. Pero para ello utiliza un indicador que mide, en realidad, la popularidad del hotel en base al número de reservas, con las graves carencias que se han señalado en relación con el número de reservas para este cometido y las restricciones a la competencia entre OTAs que introduce. En este sentido, BOOKING.COM entra en contradicción al emplear un indicador de popularidad (lo más demandado) para medir la calidad que dice defender el Programa Preferente, perjudicando a hoteles que pueden tener una alta calidad pero un número reducido de habitaciones o que pueden utilizar BOOKING.COM para canalizar solo una parte de sus habitaciones y que, por tanto, no pueden aspirar a ser tan demandados como un hotel mayor o un hotel que pone todas sus habitaciones en BOOKING.COM.

(746) **Por todo ello, no pueden acogerse las alegaciones de BOOKING.COM sobre la justificación objetiva del criterio de rentabilidad.**

- (747) BOOKING.COM, además, justifica que el programa esté restringido al 30% de los hoteles, pues el programa no ofrecería ningún valor diferencial si estuviera abierto a todos los hoteles.
- (748) En relación con esta alegación, cabe destacar que lo que se reprocha en la presente resolución es el empleo concreto del criterio de rentabilidad para acceder al mismo, tal y como se ha razonado previamente. Existen otros criterios que pueden permitir seleccionar a un número reducido de hoteles (por ejemplo, con especial valoración del consumidor), sin generar un efecto exclusionario. Para un hotel, es técnica y económicamente posible ser valorado positivamente por el consumidor en todas las OTAs (y de hecho es probable que la valoración de un hotel sea similar en todas las OTAs). Pero para un hotel es difícil o virtualmente imposible alcanzar cotas de rentabilidad para la OTA similares en todas las OTAs. Al tener restricciones de capacidad (un hotel no puede a corto plazo aumentar su cantidad de habitaciones), un hotel tiene que competir más fuertemente en precio para generar más reservas en BOOKING.COM (reservas que drenan la oferta en otras OTAs) y aumentar su rentabilidad para la OTA. Y al ser BOOKING.COM la OTA dominante, el hotel tiene un claro incentivo a primar su rentabilidad para BOOKING.COM sobre el resto de OTAs.
- (749) **Por todo ello, no pueden acogerse las alegaciones de BOOKING.COM sobre la justificación del criterio de rentabilidad por limitarse a un número limitado de hoteles.**
- (750) La Sección 2 del informe económico que BOOKING.COM aportado como Anexo 2 de su escrito de alegaciones al PCH, sostiene que el criterio basado en la rentabilidad persigue garantizar que formen parte del Programa Preferente y Preferente Plus los hoteles más competitivos de una zona en términos de calidad y precio.
- (751) Esta manifestación del informe pone de relieve que BOOKING.COM no se propone en realidad fomentar la calidad en sí misma, sino que el hotel tenga sus precios más económicos en BOOKING.COM de entre todas las OTAs, pues si el hotel fija precios más baratos en otra OTA que no sea BOOKING.COM, no logrará ese objetivo de BOOKING.COM de ser uno de “*los hoteles más competitivos de una zona en términos de calidad y precio*”. Por tanto, el informe económico reconoce que, con el criterio basado en la rentabilidad del hotel, BOOKING.COM trata de influir en el precio que el hotel fija en BOOKING.COM en relación con otras OTAs competidoras, de modo a garantizar esa competitividad de BOOKING.COM en términos de precio.
- (752) **Por todo ello, no pueden acogerse las argumentaciones de BOOKING.COM en su informe económico sobre que no busque precisamente generar precios más baratos en BOOKING.COM que en OTAs competidoras.**

- (753) Asimismo, BOOKING.COM defiende la existencia de un impacto procompetitivo que pueden tener sus Programas Preferente y Preferente Plus en términos de
- expansión del mercado, lo que aumenta la producción,
 - la mayor competencia fruto de un mayor acceso al mercado de los hoteles independientes (al proporcionarles las OTAs una capacidad de marketing y distribución que sería más costosa obtener por su cuenta), y
 - un aumento de la transparencia.
- (754) Por lo que se refiere a esta alegación de BOOKING.COM, cabe reiterar que el reproche no se dirige a los programas Preferente y Preferente Plus en su conjunto, sino a un concreto requisito de acceso a los mismos (la rentabilidad del hotel para BOOKING.COM), por lo que BOOKING.COM tiene que demostrar, cosa que no ha hecho ni en sus alegaciones al PCH ni a la PR salvo meras afirmaciones y generalidades, que dicho requisito de acceso basado en la rentabilidad del hotel para BOOKING.COM es necesario para alcanzar los supuestos beneficios que atribuye a los Programas Preferente y Preferente Plus. Con carácter adicional, cabe destacar que BOOKING.COM no indica en qué medida los beneficios que atribuye los Programas Preferente y Preferente Plus se diferencian de los beneficios que cabe esperar por la participación de un hotel en una OTA, sin entrar en un programa del tipo Preferente o Preferente Plus (por ejemplo, no se indica qué beneficios adicionales reportan los Programas Preferente y Preferente Plus en relación con la ordenación de resultados que ofrece la clasificación predeterminada de BOOKING.COM).
- (755) **Por todo ello, no pueden acogerse las alegaciones de BOOKING.COM sobre la existencia de justificación objetiva en su conducta específica de la inclusión del criterio de rentabilidad.**

6.5.2.1.2.2.2.4. Conclusión sobre los requisitos de acceso y permanencia en los programas preferentes

- (756) La suma de la popularidad de BOOKING.COM (notoriedad e imagen de marca, punto focal para el consumidor y los hoteles) y el requisito de acceso y permanencia en los Programa Preferente y Preferente Plus de BOOKING.COM basado en el rendimiento del hotel, desembocan en que las demás OTAs no puedan competir en precio y disponibilidad de habitaciones a la hora de atraer a consumidores finales, en relación con aquellos hoteles que forman parte de dichos Programas Preferente y Preferente Plus (o que traten de cumplir con los criterios de los Programas de cara a su acceso), limitando el crecimiento de los competidores de BOOKING.COM en un mercado donde los efectos de red son muy notables.

(757) Dada la posición de dominio de BOOKING.COM y, en particular, su muy elevada cuota en el mercado, estas conductas de BOOKING.COM tienen el efecto de inducir a los hoteles a privilegiar a BOOKING.COM frente a otras OTAs competidoras:

- al ser BOOKING.COM la principal OTA, un operador irrenunciable,
- la mejora que supone en la clasificación predeterminada y, en último término, en la atracción de mayores reservas.

(758) En conclusión, esta Sala considera que la práctica descrita en esta sección supone la implementación de políticas comerciales que tienen efectos exclusionarios sobre las otras OTAs y, por ello, constituye un abuso de posición de dominio cuya duración ha tenido lugar desde al menos el 1 de enero de 2019 (fecha desde la que consta acreditada la posición dominante de BOOKING.COM en el mercado, estando vigente entonces la conducta) hasta la actualidad (dado que la conducta continúa vigente).

6.5.2.1.2.2.3. Conclusión sobre las conductas que restringen la competencia de otras OTAs

(759) A la luz de lo anterior, cabe afirmar que BOOKING.COM ha empleado el mejor posicionamiento de los hoteles en búsquedas (clasificación predeterminada de resultados) que otorgan dos vías:

- uno de los criterios de ordenación de resultados y, en particular, el nivel de reservas en BOOKING.COM del hotel,
- así como los programas Preferente y Preferente Plus, a través de sus requisitos de acceso y permanencia en materia de rendimiento del hotel dentro del sitio web de BOOKING.COM;

para influir en la política comercial de los hoteles ubicados en España, limitándola, de modo a que éstos tuviesen unos precios y disponibilidad de habitaciones en BOOKING.COM al menos tan favorables como en otras OTAs, lo que produce unos indeseables efectos restrictivos para la competencia.

(760) En relación con esto último, cabe recordar que no es imprescindible que las condiciones contractuales de BOOKING.COM contengan expresamente una prohibición dirigida a los hoteles de ofertar precios más baratos en otros canales en línea de reservas de habitaciones de hotel que los ofrecidos en BOOKING.COM para que se generen efectos anticompetitivos. Así, por ejemplo:

- la práctica de la CE ha considerado que, aunque un acuerdo no contenga expresamente una prohibición para exportar o la concesión de la protección territorial absoluta a un distribuidor, el mismo puede restringir la competencia si ese es su fin u dificulta las importaciones paralelas (i) al someterlas a un

tratamiento menos favorable que aquel reservado a las importaciones oficiales o (ii) al restringir la libertad del comprador a la hora de utilizar los bienes suministrados de acuerdo con sus propios intereses económicos;⁵⁶⁶

- los tribunales de la UE y la práctica decisonal de la CE han considerado que ciertas prácticas que no llegan a ser una prohibición directa de las ventas fuera del territorio asignado también constituyen infracciones anticompetitivas;⁵⁶⁷
- la CNMC ha considerado que ciertas prácticas de los operadores petrolíferos que no llegan a constituir una fijación directa de precios de reventa son restrictivas de la competencia porque, de modo indirecto, fijan el precio de venta al público de las estaciones de servicio independientes que operan bajo su bandera, limitando la competencia entre estaciones de servicio⁵⁶⁸.

(761) Por tanto, cabe interpretar, en línea con los precedentes señalados, que las prácticas de BOOKING.COM en materia de aumento de visibilidad (criterios de ordenación de la clasificación predeterminada, requisitos de acceso y permanencia de los programas Preferente y Preferente Plus), al premiar en este aspecto a los hoteles que ofrezcan precios al menos tan baratos en BOOKING.COM como en otros canales en línea, genera efectos restrictivos de la competencia, limitando o impidiendo la competencia ejercida por parte de otras OTAs competidoras de BOOKING.COM. En otras palabras, las prácticas señaladas suponen un tratamiento menos favorable a los hoteles que tarifen sus habitaciones más baratas fuera de BOOKING.COM o que tengan una mayor disponibilidad de habitaciones fuera de BOOKING.COM.

⁵⁶⁶ Opinión del Abogado General Tizzano, de 25 de octubre de 2005, *General Motors BV*, C-551/03 P, EU:C:2005:639, párrafo 72, que cita los casos acumulados 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82 y 110/82 *IAZ y otros*, EU:C:1983:310, párrafo 6.

⁵⁶⁷ Estas situaciones incluyen:

- cartas enviadas desalentando o prohibiendo las exportaciones,
- solo se permite la exportación si cuenta con la aprobación del productor,
- antes de exportar a través de internet, se debe contactar con el productor,
- el contrato requiere que el distribuidor traslade al productor cualquier consulta procedente de un cliente que se encuentre fuera del territorio asignado, n agreement requires a distributor to pass on any customer enquiries coming from outside the contract territory to the producer,
- en caso de que tengan lugar ventas fuera del territorio asignado, se reducen los descuentos o se cargan conceptos adicionales,
- un productor amenaza con resolver o, de hecho, resuelve el contrato si el distribuidor vende fuera de su territorio.

⁵⁶⁸ Resolución del Consejo de la extinta CNC, de 30 de julio de 2009, expte. 652/07 *REPSOL/CEPSA/BP*, confirmada por el Tribunal Supremo para las tres operadoras, salvo en relación con el dispositivo relativo a la publicación en el caso de CEPSA)

- (762) Al respecto, téngase en cuenta que, tal y como ha indicado el TJUE en la cuestión prejudicial del *Servizio Elettrico Nazionale*⁵⁶⁹ una práctica lícita al margen del Derecho de la competencia puede calificarse, sin embargo, como abusiva cuando es llevada a cabo por una empresa que ocupa una posición dominante si dicha práctica es apta para producir un efecto exclusionario y se basa en la utilización de medios distintos de los propios de una competencia basada en los méritos. En el presente caso, a juicio de este Consejo y, tal y como se ha venido desarrollando en la sección 6.5.2.1.2.2.2, concurren ambos requisitos. Además, BOOKING.COM no ha demostrado que la práctica en cuestión esté objetivamente justificada o que pueda verse compensada o superada por mejoras de la eficacia que benefician también a los hoteles y consumidores finales. Por ello, desde esta perspectiva de análisis, nos encontramos ante una conducta antijurídica de abuso de posición de dominio de tipo exclusionario.
- (763) Sobre este último punto, BOOKING.COM también alega que la PR se estaría solapando inadmisiblemente con las disposiciones del Reglamento de Mercados Digitales de la UE⁵⁷⁰ (conocido como **DMA**, por sus siglas en inglés **-Digital Markets Act-**)⁵⁷¹. En concreto, defiende que la teoría del daño seguida en relación con los efectos anticompetitivos derivados del uso de las reservas pasadas y los requisitos de rendimiento de los programas Preferentes para incentivar que los hoteles sigan, de forma indirecta, una política de precios y de disponibilidad de habitaciones basada en ofrecer los precios más baratos de sus habitaciones en BOOKING.COM en detrimento de otras OTAs competidoras, se estaría produciendo una fragmentación del mercado interior y entrando en un conflicto de enfoque con la DMA⁵⁷².

⁵⁶⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de mayo de 2022 del asunto C-377/20. *Servizio Elettrico Nazionale*. ECLI:EU:C:2022:379 (párrafo 103).

⁵⁷⁰ Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828.

⁵⁷¹ Vid. nota de prensa de BOOKING.COM, de 4 de julio de 2023, disponible en <https://ir.bookingholdings.com/news/news-details/2023/Booking.com-Updates-Expected-Timing-for-European-Commission-DMA-Notification/default.aspx>

⁵⁷² Folios 7064 a 7066 (folio no confidencial 7177). En todo caso, téngase en cuenta que con posterioridad a la presentación de sus alegaciones a la PR, la Comisión Europea designó el 13 de mayo de 2024 a BOOKING.COM como “*guardián de acceso*” por sus servicios de intermediación online, lo que implica que tendrá, a seis meses vista, que cumplir con las obligaciones respectivas impuestas por la DMA desde la fecha de su designación (véase https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/en/ip_24_2561/IP_24_2561_EN.pdf).

- (764) Sobre este punto, cabe señalar que la DMA no está llamada a sustituir sino a complementar la aplicación del Derecho de la Competencia “tradicional” mediante la investigación, persecución y sanción de aquellas prácticas colusorias y abusos de posición de dominio contrarios a la LDC y al TFUE. Por tanto, pese a lo señalado por BOOKING.COM en sus alegaciones, la DMA no se centra en los efectos reales, potenciales o presuntos de las conductas adoptadas por un ‘guardián de acceso’ en un caso particular para evaluar su posible carácter anticompetitivo *ex post*, sino que establece un conjunto de obligaciones *ex ante* que deben ser cumplidas independientemente de si la conducta real llevada a cabo por dicho ‘guardián de acceso’ falseó o no la competencia. Por este motivo, y vista la generalidad del supuesto conflicto auto percibido por BOOKING.COM entre la valoración de la conducta de abuso exclusionario contenida en la presente resolución y las obligaciones impuestas por la DMA a BOOKING.COM, debe desestimarse la alegación correspondiente.
- (765) Por tanto, a la luz de lo anterior, esta Sala considera que las antedichas prácticas de BOOKING.COM han constituido sendos abusos exclusionarios de una posición dominante que han tenido lugar desde al menos el 1 de enero de 2019 hasta la actualidad, al haber restringido la competencia entre OTAs en servicios de intermediación de reservas en línea prestados a hoteles en España. Ello, a su vez, ha tenido efectos aguas abajo en el consumidor final, al haberle privado de los beneficios de una mayor competencia.

6.5.2.1.3. Infracción única y continuada

6.5.2.1.3.1. Principios

- (766) La figura de la infracción única y continuada está admitida en nuestro ordenamiento jurídico a través de la previsión contemplada en el artículo 29.6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (**LRJSP**), que establece que:

“Será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión”.

- (767) De acuerdo con este precepto, la apreciación de una infracción continuada exige que se cumplan las siguientes condiciones: (i) pluralidad de acciones u omisiones; (ii) que las acciones infrinjan el mismo o semejante precepto administrativo y (iii) que las acciones se hayan realizado en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.
- (768) Por otro lado, la jurisprudencia comunitaria ha establecido que:

“para declarar la existencia de una infracción única y continuada, basta con que la Comisión demuestre que los diferentes comportamientos considerados se inscriben en un «plan conjunto», sin que sea necesario que cada uno de esos comportamientos, por sí mismo y considerado aisladamente, pueda calificarse de infracción distinta [...]”⁵⁷³.

- (769) Es decir, que cada una de las conductas no tiene que constituir una infracción en sí misma para que exista una infracción única y continuada.
- (770) La jurisprudencia comunitaria ha reconocido la posibilidad de calificar distintas actuaciones constitutivas de un abuso de posición de dominio como una infracción única y continuada cuando las distintas actuaciones guardan un vínculo de complementariedad entre ellas para contribuir mediante una interacción a la realización de los objetivos contemplados de una estrategia a que todas estas actuaciones contribuyen.
- (771) Así, el concepto de infracción única y continuada ha sido objeto de aplicación por los tribunales comunitarios en el marco del artículo 102 TFUE en varios asuntos.
- (772) Es el asunto *Intel*⁵⁷⁴ en el que la aplicación de este concepto en el marco del artículo 102 se aborda de forma más detallada, si bien la Sentencia del Tribunal General de la UE de 1 de julio de 2010, en el asunto *AstraZeneca*⁵⁷⁵, que, a su vez, fue confirmada por el TJUE, había ya enmarcado este concepto:

*“el concepto de infracción única y continuada se refiere a un conjunto de acciones que se inscriben **en un plan conjunto**, debido a su objeto idéntico, que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 870 supra, apartado 258). Para calificar distintas actuaciones como de infracción única y continuada, procede comprobar si presentan un **vínculo de complementariedad**, en el sentido de que cada una de ellas va destinada a hacer frente a una o varias consecuencias del juego normal de la competencia, y contribuyen, mediante una interacción, a la realización de los objetivos contemplados en el marco de este plan global” (énfasis añadido)*

- (773) Por su parte, en el asunto *Slovak Telekom*,⁵⁷⁶ el Tribunal General de la UE alude a la calificación realizada por la CE en su decisión:

⁵⁷³ Véase la Sentencia del TJUE de 1 de febrero de 2024, *Scania*, C-251/22 P.,, ECLI:EU:C:2024:103, párrafo 135.

⁵⁷⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de septiembre de 2017, *Intel Corp. Inc. v. Comisión Europea*, Asunto C-413/14 P, EU:C:2017:632

⁵⁷⁵ Sentencia del Tribunal General (Sala Sexta ampliada) de 1 de julio de 2010, *AstraZeneca AB y AstraZeneca plc v. Comisión Europea*, Asunto T-321/05. EU:T:2010:266, párrafo 892.

⁵⁷⁶ Sentencia del Tribunal General, *Deutsche Telekom AG v. Comisión Europea*, T-827/14 EU: T:2018:930

*“Por otra parte, la Comisión constató, en los considerandos 1507 a 1511 de la Decisión impugnada, que estas distintas prácticas formaban parte de una misma estrategia de exclusión desarrollada por Slovak Telekom, que tenía por objeto restringir y falsear la competencia en el mercado minorista de los servicios fijos de banda ancha de Eslovaquia y proteger los ingresos y la posición de este operador en dicho mercado. Sobre esta base, llegó a la conclusión de que estas prácticas, respecto de las que la demandante también debía ser considerada responsable en su calidad de sociedad matriz de Slovak Telekom, integraban un mismo plan global que tenía como finalidad restringir la competencia y constituían, en consecuencia, una infracción única y continuada (considerando 1511 de la Decisión impugnada)”.*⁵⁷⁷ (énfasis añadido)

6.5.2.1.3.2. Aplicación a este caso

- (774) En las secciones 6.5.2.1.2.2.1 y 6.5.2.1.2.2.2 se han analizado distintas prácticas de BOOKING.COM que, a juicio de esta Sala, constituyen:
- la imposición de condiciones comerciales no equitativas a hoteles (sección 6.5.2.1.2.2.1), y
 - restricciones a la competencia por parte de otras OTAs (sección 6.5.2.1.2.2.2).
- (775) Por lo que se refiere a las **condiciones comerciales no equitativas**, esta Sala coincide con el órgano instructor en considerar que las mismas constituyen conjuntamente un **abuso de posición dominante** de naturaleza **explotativa** de los hoteles clientes de BOOKING.COM, que cumple con las condiciones exigidas para considerar la existencia de una infracción única y continuada:
- en cuanto al requisito de una pluralidad de acciones u omisiones, cabe señalar que BOOKING.COM ha llevado a cabo diversas conductas (véase introducción de la sección 6.5.2) que se detallan, de nuevo, a continuación:
 - la asimetría en la aplicación de la cláusula de paridad estrecha;
 - la imposición de la versión inglesa de las GDT como vinculante;
 - la imposición de ordenamiento jurídico neerlandés como aplicable a las GDT, así como de los tribunales competentes de Ámsterdam, Países Bajos, en caso de conflicto entre las partes acerca de las GDT; y
 - la falta de transparencia en la información sobre el impacto que tiene la suscripción de los programas Preferente, Preferente Plus y Genius en la posición dentro de la clasificación predeterminada de resultados que

⁵⁷⁷ Sentencia del Tribunal General en el asunto T-827/14, Deutsche Telekom AG v. Comisión considerando 175.

ofrece BOOKING.COM en su sitio web y el consiguiente número adicional de visitas al hotel y reservas en BOOKING.COM;

- en cuanto al requisito de que las acciones infrinjan el mismo o semejante precepto administrativo, cabe señalar que también se cumple en el presente caso al tratarse de infracciones del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 del TFUE, constitutivas de un abuso de posición de dominio, derivadas de la imposición de condiciones comerciales no equitativas;
- en cuanto al requisito de que las acciones se efectúen en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, también se reúne en el presente caso: BOOKING.COM aprovecha la adhesión sin negociación de la gran mayoría de hoteles a sus condiciones generales de contratación y la suscripción de programas opcionales, pero al mismo tiempo muy valiosos para los hoteles, para imponer condiciones desproporcionadas, que le benefician a la vez que perjudican a los hoteles, ya sea
 - o quebrando selectivamente la naturaleza de agente comercial de BOOKING.COM, permitiéndose alterar el precio del servicio intermediado, a la vez que conserva todos los demás atributos de un agente (en particular, obligación de paridad estrecha para el hotel, exención de responsabilidad para BOOKING.COM por el servicio intermediado),
 - o reduciendo los costes ligados a litigios derivados de las condiciones de adhesión, al incrementar sin justificación los costes de los hoteles a la hora de hacer valer sus derechos (carácter vinculante la versión inglesa de las GDT, aplicación de la legislación neerlandesa y foro en los Países Bajos), y
 - o no ofreciendo información sobre el impacto de programas comerciales opcionales, muy relevantes para los hoteles, en el número de visitas al hotel en BOOKING.COM y en sus reservas, lo cual impide a los hoteles valorar adecuadamente la conveniencia de suscribir, incertidumbre que conduce a la suscripción de dichos programas dado el rol preeminente que tiene BOOKING.COM para los hoteles en el mercado. Cabe recordar que estos programas opcionales entrañan unos costes para los hoteles (y correlativamente, unos beneficios para BOOKING.COM) en términos de una comisión adicional sobre todas las reservas intermediadas (Programas Preferente y Preferente Plus) o un descuento en la tarifa de la habitación más vendida y también en la más barata que el hotel tenga en BOOKING.COM (Programa *Genius*).

(776) Además, dicha infracción es continuada, a tenor de:

- haber estado vigentes las conductas desde al menos el 1 de enero de 2019 (fecha desde la que consta acreditada la posición de dominio de BOOKING.COM en el mercado de servicios de intermediación de reservas en línea a los hoteles, por parte de OTAs, en España) hasta la actualidad, con la excepción de la conducta relativa a la asimetría en la aplicación de la cláusula de paridad estrecha, que se inició más tarde, al menos el 30 de abril de 2019, dado que en dicho mes se produjo el lanzamiento del programa BSB para los hoteles situados en España (vid. hecho acreditado 5.3 y, en particular, el párrafo (275)) estando ya en vigor la cláusula de paridad de precios, y habría finalizado, en principio, en julio de 2024, al igual que la conducta relativa imposición de la versión de las GDT en inglés y del foro y jurisdicción de los Países Bajos que también habría finalizado, en principio, en julio de 2024⁵⁷⁸.
- no existir lapsos ni interrupciones en la vigencia del contenido de los contratos y las cláusulas y condiciones aplicadas en cuestión.

(777) Por lo que respecta a las **prácticas restrictivas de la competencia de otras OTAs**, esta Sala considera que constituyen conjuntamente un **abuso de posición dominante**, de naturaleza **exclusionaria** de OTAs competidoras de BOOKING.COM, que cumple con las condiciones exigidas para considerar la existencia de una infracción única y continuada:

- en primer lugar, BOOKING.COM ha desplegado diversas conductas (véase introducción de la sección 6.5.2) que se detallan de nuevo a continuación:
 - o el empleo de las reservas que un hotel ha tenido en BOOKING.COM como criterio de ordenación de los hoteles en su clasificación predeterminada de resultados; y
 - o el empleo del criterio de rendimiento para que un hotel pueda acceder y permanecer en los programas Preferentes y Preferente Plus de BOOKING.COM.
- en segundo lugar, ambas conductas constituyen infracciones del artículo 2 de la LDC y 102 del TFUE, constitutivas de un abuso de posición de dominio de naturaleza exclusionaria de OTAs competidoras;

⁵⁷⁸ Como consecuencia del escrito presentado por BOOKING.COM el 23 de mayo de 2024 por el que se comprometía a “eliminar los requisitos de paridad estrecha de los acuerdos con todos los alojamientos ubicados en España” y a modificar “las Condiciones Generales de Venta (General Delivery Terms o “GDTs”) aplicables a los alojamientos situados en España para que (i) estén sujetas a la jurisdicción de los tribunales españoles; (ii) estén sujetas a la legislación española; y (iii) la versión española de las GDTs sea vinculante para los alojamientos situados en España.” a partir del 1 de julio de 2024 (folio 7475).

- por último, ambas conductas conducen simultáneamente, a través del empleo de una mejor visibilidad para el hotel en la clasificación predeterminada de resultados de BOOKING.COM, a que los hoteles se vean incentivados a publicar en BOOKING.COM precios de sus habitaciones al menos tan baratos como en otras OTAs, restringiendo con ello la competencia que dichas OTAs pueden suponer para BOOKING.COM y afianzando la posición de dominio de BOOKING.COM en la prestación de servicios de intermediación de reservas en línea a hoteles situados en España.

(778) Asimismo, esta segunda infracción es continuada, a tenor de

- haber estado vigentes las conductas desde al menos el 1 de enero de 2019 (fecha desde la que consta acreditada la posición de dominio de BOOKING.COM en el mercado de servicios de intermediación de reservas en línea a los hoteles, por parte de OTAs, en España) hasta la actualidad, con la excepción del empleo, por parte de BOOKING.COM, del criterio basado en la rentabilidad para que un hotel pueda acceder y permanecer en el Programa Preferente Plus de BOOKING.COM, que se inició el 20 de abril de 2021, cuando se introdujo dicho programa para los hoteles situados en España (vid. hecho acreditado 5.11 y, en particular, el párrafo (333));
- no existir lapsos ni interrupciones en la vigencia del empleo, por parte de BOOKING.COM, (i) de las reservas de un hotel como criterio de ordenación en la clasificación predeterminada de resultados y (ii) del criterio basado en la rentabilidad para que un hotel pueda acceder y permanecer en los programas Preferentes y Preferente Plus, en España.

(779) BOOKING.COM alega en la PR que, de considerarse probado alguno de las conductas abusivas imputadas, éste debería formar parte, en todo caso, de una misma infracción compleja, única y continuada de los artículos 102 del TFUE y 2 de la LDC⁵⁷⁹.

(780) Al respecto, cabe señalar que si bien es cierto que las prácticas han sido llevadas a cabo por una mismo sujeto -BOOKING.COM- y probadas durante un mismo período -desde 2019, (año en el que se consideró acreditada la posición de dominio de BOOKING.COM) hasta la actualidad (con las excepciones mencionadas)- lo cierto es que, **a juicio de esta Sala, las conductas consistentes en la imposición de condiciones comerciales no equitativas a hoteles ubicados en España no cuentan con un vínculo de complementariedad suficientemente sólido con respecto a las conductas consistentes en la imposición de restricciones a la competencia por parte**

⁵⁷⁹ Folios 7083 a 7085 (folios 7191 a 7193 no confidenciales).

de otras OTAs como para justificar su tratamiento como una única infracción continuada.

- (781) En primer lugar, por su propia definición, los abusos explotativos tienen por efecto fundamental la reducción del bienestar de los consumidores del producto o servicio considerado (en nuestro caso, los consumidores son los hoteles que demandan los servicios de intermediación de reservas en línea ofrecidos por las OTAs), o la extracción del mayor número de rentas posibles, mientras que los abusos exclusionarios persiguen impedir la entrada o expulsar a los competidores de la empresa dominante de un mercado determinado (en nuestro caso, las OTAs competidoras de BOOKING.COM a la hora de prestar servicios de intermediación de reservas en línea a hoteles situados en España). Aunque ambos tipos de abuso puedan afectar indirectamente al bienestar de los consumidores, entendiendo por consumidores, en el presente caso, tanto los hoteles usuarios de Booking.com como los usuarios finales -al tratarse de un mercado de dos caras-, ello no implica que deban tratarse necesariamente como una infracción única.
- (782) En el caso concreto, esta Sala considera que BOOKING ha desplegado una doble y distinta estrategia abusiva con finalidades divergentes que no justifican su tratamiento como una misma infracción única y continuada:
- Por un lado, BOOKING.COM ha aprovechado su posición como operador dominante en el mercado relevante para imponer condiciones desfavorables a los hoteles (mediante una asimétrica aplicación de la cláusula de paridad estrecha; la imposición de la versión inglesa de las GDT como vinculante, del ordenamiento jurídico neerlandés y los tribunales de Ámsterdam como competentes en caso de conflicto; y por la falta de transparencia en la información sobre el impacto que tiene la suscripción de sus programas para mejorar el posicionamiento de los hoteles dentro de los resultados en su sitio web).
 - Por otro lado, BOOKING.COM ha empleado el mejor posicionamiento de los hoteles en las búsquedas (clasificación predeterminada de resultados) que otorgan los criterios de ordenación de resultados y, en particular, el nivel de reservas en BOOKING.COM del hotel, y los requisitos de acceso y permanencia a los programas de mejora de posicionamiento basados en el rendimiento del hotel dentro de su plataforma, para influir en la política comercial de los hoteles ubicados en España, limitándola, de modo a que éstos tuviesen unos precios y disponibilidad de habitaciones en BOOKING.COM al menos tan favorables como en otras OTAs, lo que produce efectos restrictivos de la competencia.

- (783) Por consiguiente, resulta innegable que no ha lugar a afirmar que nos encontremos ante un vínculo de complementariedad absoluto como el precedente del expte. S/0028/20 LEADIANT⁵⁸⁰ traído a colación por BOOKING.COM en sus alegaciones a la PR⁵⁸¹, toda vez que en dicha resolución lo que valoró el Consejo fue la acreditación de la existencia de una estrategia común y compleja en relación con ambos tipos de conductas abusivas con el objetivo común de *“lograr un alto precio de su fármaco con CDCA, el Proyecto CDCA-LEADIANT”*.

6.5.2.1.4. Legislación aplicable a las infracciones acreditadas

- (784) Las conductas abusivas de BOOKING.COM que han sido objeto de análisis en la presente resolución constituyen sendas infracciones por abuso de posición dominante acreditadas desde al menos el 1 de enero de 2019 hasta la actualidad (con las excepciones mencionadas), estando vigente la LDC y habiéndose promulgado entretanto el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril⁵⁸², que en su artículo primero modifica la LDC en diversos aspectos.
- (785) Como ya manifestó el Consejo de la extinta CNC⁵⁸³, en casos como el presente, en los que la conducta se extiende en el tiempo durante el plazo de vigencia de dos normas distintas, resulta necesario cumplir el principio de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable para el infractor en el caso en concreto⁵⁸⁴.

⁵⁸⁰ Resolución de la CNMC de 10 de noviembre de 2022 del expte. S/0028/20 LEADIANT.

⁵⁸¹ Véase folios confidenciales 7083 a 7085 del expediente (folios no confidenciales 7191 a 7193).

⁵⁸² Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la UE en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores.

⁵⁸³ Resolución de la CNC, de 12 de noviembre de 2009, expte. S/0037/08 *Compañías Seguro Decenal*; Resolución de la CNC, de 31 de julio de 2010, expte. S/0120/08 *Transitarios*; Resolución de la CNC, de 23 de febrero de 2011, expte. 2785/07 *AIE*; Resolución de la CNC, de 10 de mayo de 2011, expte. 2761/01 *Asociación Editores Diarios Españoles*.

⁵⁸⁴ De acuerdo con el previgente artículo 128 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y actual artículo 26 de la LRJSP, que reza lo siguiente:

“Artículo 26. Irretroactividad.

1. Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa.

2. Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones pendientes de cumplimiento al entrar en vigor la nueva disposición.”

- (786) En materia procedimental la CNMC viene aplicando la reforma de la LDC, operada por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, desde su entrada en vigor el 29 de abril de 2021. La aplicación de una u otra norma en material sustantiva corresponde ser resuelta atendiendo a las circunstancias propias de cada caso.
- (787) Con respecto a la regulación sustantiva en materia de abuso de posición de dominio, mientras que la tipificación de la conducta en el artículo 2 de la LDC no se ha visto modificada por el Real Decreto-ley 7/2021, sí lo ha sido su calificación como infracción muy grave (vigente artículo 62.4 b), estando antes calificada por la LDC en su versión de 3 de julio de 2007 como infracción grave, salvo que se tratara de una empresa que operase en un mercado recientemente liberalizado, tuviese una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrutase de derechos especiales o exclusivos, lo que no ocurre en el presente expediente respecto a BOOKING.COM.
- (788) La aplicación de la regulación introducida por el Real Decreto-ley 7/2021, tratándose de la *“disposición sancionadora vigente en el momento de producirse los hechos que constituyan la infracción administrativa”* (ex artículo 26 de la LRJSP), lleva aparejada la necesidad de subdividir a estos efectos el período de duración de la conducta imputada, constitutiva de infracción continuada, pudiéndose predicar sólo de la conducta desarrollada tras la entrada en vigor de la reforma (29 de abril de 2021) su calificación como infracción muy grave, en cumplimiento del mencionado principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables.
- (789) En sus alegaciones a la PR, BOOKING.COM considera que la DC no ha aplicado correctamente el concepto de infracción única y continuada, creando artificialmente dos conductas paralelas. En concreto, señala que, con independencia de que se considere que las conductas abusivas constituyen una o dos infracciones únicas y continuadas, tiene que aplicarse un único marco sancionador a las mismas para respetar así la prohibición de aplicar disposiciones sancionadoras más estrictas con carácter retroactivo⁵⁸⁵.
- (790) Al respecto, esta Sala considera que no puede acogerse dicha alegación porque parte de una base errónea, esto es, que se está aplicando con retroactividad una disposición sancionadora desfavorable para hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigor. Sin embargo, ocurre lo contrario. Como puede observarse, la presente resolución califica la gravedad de las dos infracciones únicas y continuadas de abuso de posición de dominio de la siguiente manera:

⁵⁸⁵ Folios 7088 a 7089 (folios no confidenciales 7196 a 7197)

- Para el **período anterior a la reforma** se imputa a BOOKING.COM una infracción **grave** del artículo 62.3.b) de la LDC [en su redacción previa a la reforma operada por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril], durante el periodo de la infracción que transcurrió **desde el 1 de enero de 2019 hasta el 28 de abril de 2021**,
- Para el **período posterior a la reforma** se imputa a BOOKING.COM una infracción **muy grave** del artículo 62.4.b) de la LDC [en su redacción vigente] durante el periodo de la infracción transcurrido **desde el 29 de abril de 2021 hasta la actualidad**.

- (791) Es decir, teniendo en cuenta que las dos conductas abusivas iniciaron antes de la reforma de la LDC operada por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, pero habrían continuado con posterioridad a su entrada en vigor, la presente resolución aplica ambas versiones de la LDC a cada una de las infracciones únicas y continuadas, calificando las mismas de conformidad con la norma vigente durante el período en que se estuvieron desarrollando cada una de ellas.
- (792) Lo anterior, como puede deducirse, es plenamente respetuoso con el principio de irretroactividad de la norma administrativa sancionadora desfavorable que deriva de los artículos 9.3 y 25.1 de la CE, y que para el ámbito administrativo estipula el art. 26 de la LRJSP.

6.5.2.1.5. Conclusión

- (793) A los efectos de la presente resolución, se considera que BOOKING.COM ha incurrido en dos infracciones únicas y continuadas del artículo 2 de la LDC, así como del artículo 102 del TFUE:
- en primer lugar, un abuso de posición de dominio consistente en la imposición de condiciones comerciales no equitativas a los hoteles situados en España como resultado de las siguientes conductas anticompetitivas:
 - o la asimetría en la aplicación de la cláusula de paridad de precios estrecha por parte de BOOKING.COM existente desde al menos el 30 de abril de 2019 hasta, en principio, julio de 2024⁵⁸⁶:
 - mientras BOOKING.COM impone una cláusula de paridad de precios estrecha a los hoteles, esto es, les impide rebajar su precio (respecto al precio ofertado en BOOKING.COM) en su propio canal de venta en línea;

⁵⁸⁶ Véase nota al pie 488.

- BOOKING.COM se reserva la posibilidad de rebajar unilateralmente el precio que ofrece el hotel en BOOKING.COM, con cargo a su comisión, en determinados casos;
- la imposición a los hoteles situados en España de los siguientes términos en las GDT desde al menos el 1 de enero de 2019 hasta, en principio, julio de 2024⁵⁸⁷:
 - la versión vinculante de las GDT es aquella redactada en inglés;
 - las GDT se rigen por el derecho de los Países Bajos, conforme al cual deben interpretarse, y, en caso de conflicto en relación con las mismas, un hotel situado en España debe acudir a los tribunales competentes de Ámsterdam, Países Bajos;
- la falta de transparencia en la información que ofrece BOOKING.COM a los hoteles situados en España, desde al menos el 1 de enero de 2019 hasta la actualidad, sobre el impacto que tiene la suscripción de los programas Preferente, Preferente Plus y *Genius* en su posición dentro de la clasificación predeterminada de resultados que ofrece BOOKING.COM en su sitio web y el consiguiente número adicional de visitas al hotel y reservas en BOOKING.COM;
- en segundo lugar, un abuso de posición de dominio que ha restringido la competencia de otras OTAs a la hora de ofrecer servicios de intermediación de reservas en línea a los hoteles situados en España, como resultado de las siguientes conductas anticompetitivas:
 - el empleo de las reservas que un hotel situado en España ha tenido en BOOKING.COM como criterio de ordenación de los hoteles en la clasificación predeterminada de resultados que ofrece BOOKING.COM desde al menos el 1 de enero de 2019 hasta la actualidad; y
 - el empleo del criterio de rendimiento para que un hotel situado en España pueda acceder y permanecer en los programas Preferente y Preferente Plus de BOOKING.COM desde al menos el 1 de enero de 2019 hasta la actualidad.

6.5.3. Antijuridicidad de las conductas

- (794) Para que una conducta típica pueda ser sancionable, debe también considerarse antijurídica. La antijuridicidad de un comportamiento típico se define como la realización del tipo no amparada por causas de justificación: esto implica que

⁵⁸⁷ Véase nota al pie 510.

todo comportamiento típico será antijurídico a menos que esté autorizado por una causa de justificación de las contenidas en el ordenamiento sancionador.

- (795) De acuerdo con reiterada jurisprudencia comunitaria y nacional, así como con la doctrina de la CNMC,⁵⁸⁸ la concurrencia de una justificación objetiva determina que no quepa sancionar un abuso de posición de dominio, si bien corresponde la carga de la prueba de tal justificación objetiva a la parte que lo alega.
- (796) En este caso no ha quedado acreditado que exista justificación imprescindible, esto es, objetivamente necesaria y proporcional al objetivo de la empresa. Por tanto, ha de concluirse que las conductas analizadas en la presente resolución carecen de justificación objetiva.
- (797) Es preciso recordar que corresponde a la empresa que ocupa una posición dominante demostrar que las mejoras de eficiencia que puedan derivarse del comportamiento considerado neutralizan los efectos perjudiciales probables sobre la competencia y los intereses de los consumidores en los mercados afectados, que dichas mejoras de eficiencia han podido o pueden realizarse gracias a dicho comportamiento, y que este es indispensable para conseguirlas y no elimina una competencia efectiva al suprimir la totalidad o la mayoría de las fuentes existentes de competencia actual o potencial.⁵⁸⁹
- (798) BOOKING.COM defiende en sus alegaciones que la plataforma y las conductas imputadas benefician a los consumidores. En concreto señala que tiene incentivos para ofrecer la mejor experiencia posible a los usuarios pues, de no hacerlo, los usuarios abandonarían su plataforma en favor de los proveedores alternativos⁵⁹⁰.
- (799) Al respecto, y con el objeto de no resultar excesivamente repetitivos, esta Sala se remite a lo ya señalado en los párrafos (535) a (542) en lo que se refiere a la combinación de la cláusula de paridad estrecha y el programa BSB, a los párrafos (682) a (694) en lo referido a la decisión de incluir las reservas pasadas como variable para la clasificación predeterminada de los hoteles en la página web de BOOKING.COM y a los párrafos (741) a (754) en lo que respecta al mantenimiento de determinados requisito de rendimiento para unirse y

⁵⁸⁸ Sentencia del TJUE, de 27 de marzo de 2012, *Post Danmark I*, asunto C-209-10, ECLI:EU:C:2012:172 (párrafos 40 y 41); Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de mayo de 2006 (nº de recurso 7151/2003), ES:TS:2006:3240; y Resolución de la CNC de 3 de octubre de 2011, expediente S/0319/10 *ACOGEN*.

⁵⁸⁹ Sentencia del TJUE, de 27 de marzo de 2012, *Post Danmark I*, asunto C-209/10, (párrafo 42) y Sentencia del TJUE, de 30 de enero de 2020, *Paroxetine*, C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52 (párrafos 165 a 166).

⁵⁹⁰ Folios 6986 a 6988 (folios no confidenciales 7112 a 7114).

mantenerse en los programas Preferente, Preferente Plus y *Genius* de la plataforma.

- (800) En todo caso, cabe aclarar que esta Sala no cuestiona que la prestación de servicios de reserva de alojamiento en línea por OTAs como Booking.com pueda tener efectos positivos para la competencia, puesto que dicha actividad incrementa la competencia entre los hoteles y permite a los clientes finales buscar y comparar ofertas competidoras de servicios de alojamiento. La verdadera cuestión consiste en analizar si las conductas tipificadas como abusivas por este Consejo (entre ellas, las cláusulas de paridad de precios junto con el programa BSB, la imposición de la versión inglesa de las GDT y como foro aplicable los tribunales de Ámsterdam, la falta de transparencia sobre la rentabilidad de sus programas de aumento de visibilidad en su página web, la consideración de las reservas pasadas como criterio de ordenación de los hoteles por defecto y de los criterios de rendimiento para que un hotel pueda seguir formando parte de sus programas Preferentes) son objetivamente necesarias y proporcionadas para el caso analizado o, pueden adoptarse otros medios alternativos y menos restrictivos para conseguir el objetivo legítimo de impedir el parasitismo por parte de los hoteles y la mejora de su servicio ofrecido a hoteles y clientes finales.
- (801) En definitiva, no se niega el papel que juegan las OTAs (o BOOKING.COM, en particular) en la economía, sino que se considera como anticompetitivas determinadas prácticas comerciales de BOOKING.COM, operador dominante en el mercado sin que BOOKING.COM haya conseguido que recaigan sobre una justificación objetiva válida.
- (802) A la vista de lo anterior, puede concluirse que las prácticas imputadas a BOOKING.COM en la presente resolución no están justificadas.

6.5.4. Culpabilidad y responsabilidad individualizada

6.5.4.1. Principios

- (803) En el ámbito del derecho administrativo sancionador español no tiene cabida la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción y resulta imprescindible el elemento volitivo. Ello supone que la imposición de la sanción exige que la conducta típica y antijurídica sea imputable, al menos a título de culpa, al autor.⁵⁹¹

⁵⁹¹ Por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2004 y el artículo 28 de la LRJSP.

- (804) Por ello, el artículo 63.1 de la LDC condiciona el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la autoridad de competencia a la concurrencia en el sujeto infractor de dolo o negligencia en la realización de la conducta imputada.
- (805) En este sentido, el Tribunal Supremo ha establecido que la culpabilidad en el ámbito de aplicación de la LDC debe tener en cuenta las particularidades lógicas que implica el concepto de persona jurídica⁵⁹²:

“En el caso de infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas no se suprime el elemento subjetivo de la culpa, pero el mismo se debe aplicar de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. [...] esa construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden las personas jurídicas. Falta en ellas el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidas. [...] ese principio [de culpabilidad] se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas [...]”.

6.5.4.2. Aplicación en este caso

- (806) De acuerdo con la documentación contractual a la que se adhieren los hoteles ubicados en España que quieren emplear los servicios de intermediación de reservas en línea de BOOKING.COM, la contraparte de esa documentación es BOOKING.COM B.V.⁵⁹³ y todas las comisiones por las reservas se facturan desde esa misma sociedad.⁵⁹⁴
- (807) Además, BOOKING.COM proporciona el servicio de reserva en línea y gestiona el sitio web donde se proporciona dicho servicio, de acuerdo con la cláusula 1.2.1 del Anexo 1 de las GDT (en conexión con la cláusula 1.1 de las GDT donde se define el concepto de ‘servicio’).⁵⁹⁵ Ello también viene recogido de forma pública en el sitio web de BOOKING.COM,⁵⁹⁶ donde se indica expresamente que la empresa que está detrás de Booking.com y que ofrece el servicio de reservas de alojamiento en línea es BOOKING.COM B.V., sin que se puedan realizar reservas a través o en las empresas filiales de BOOKING.COM (ni operan y ni están autorizadas a actuar bajo ningún concepto como agente de proceso o servicio de BOOKING.COM).

⁵⁹² Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de mayo de 2015, en el asunto *France Telecom (Orange)* nº rec 95/2014.

⁵⁹³ Folio 4498.

⁵⁹⁴ Folio 2535.

⁵⁹⁵ Folio 1981 en conexión con el folio 1959.

⁵⁹⁶ Folios 4712 y 4713.

- (808) Por tanto, a la luz de lo anterior, se considera a BOOKING.COM, B.V. responsable de las prácticas anticompetitivas objeto de la presente resolución, tanto las que derivan de cláusulas de las GDT, como de programas comerciales opcionales ligados al servicio que proporciona y aquellas relativas a la clasificación predeterminada de resultados ofrecida en su sitio web.

6.5.5. Conclusión

- (809) A los efectos del presente expediente, se considera que BOOKING.COM ha incurrido en dos infracciones únicas y continuadas del artículo 2 de la LDC, en combinación con el artículo 102 del TFUE:

- en primer lugar, un abuso de posición de dominio consistente en la imposición de condiciones comerciales no equitativas a los hoteles situados en España como resultado de las siguientes conductas anticompetitivas:
 - la asimetría en la aplicación de la cláusula de paridad de precios estrecha por parte de BOOKING.COM existente desde al menos el 30 de abril de 2019 hasta, en principio, julio de 2024⁵⁹⁷:
 - mientras BOOKING.COM impone una cláusula de paridad de precios estrecha a los hoteles, esto es, les impide rebajar su precio (respecto al precio ofertado en BOOKING.COM) en su propio canal de venta en línea;
 - BOOKING.COM se reserva la posibilidad de rebajar unilateralmente el precio que ofrece el hotel en BOOKING.COM, con cargo a su comisión, en determinados casos;
 - la imposición a los hoteles situados en España de los siguientes términos en las GDT desde al menos el 1 de enero de 2019 hasta, en principio, julio de 2024⁵⁹⁸:
 - la versión vinculante de las GDT es aquella redactada en inglés;
 - las GDT se rigen por el Derecho de los Países Bajos, conforme al cual deben interpretarse, y, en caso de conflicto en relación con las mismas, un hotel situado en España debe acudir a los tribunales competentes de Ámsterdam, Países Bajos;
 - la falta de transparencia en la información que ofrece BOOKING.COM a los hoteles situados en España, desde al menos el 1 de enero de 2019 hasta la actualidad, sobre el impacto que tiene la suscripción de los

⁵⁹⁷ Véase nota al pie 488.

⁵⁹⁸ Véase nota al pie 510

programas Preferente, Preferente Plus y *Genius* en su posición dentro de la clasificación predeterminada de resultados que ofrece BOOKING.COM en su sitio web y el consiguiente número adicional de visitas al hotel y reservas en BOOKING.COM;

- en segundo lugar, un abuso de posición de dominio que ha restringido la competencia de otras OTAs a la hora de ofrecer servicios de intermediación de reservas en línea a los hoteles situados en España, como resultado de las siguientes conductas anticompetitivas:
 - el empleo de las reservas que un hotel situado en España ha tenido en BOOKING.COM como criterio de ordenación de los hoteles en la clasificación predeterminada de resultados que ofrece BOOKING.COM desde al menos el 1 de enero de 2019 hasta la actualidad; y
 - el empleo del criterio de rendimiento para que un hotel situado en España pueda acceder y permanecer en los programas Preferente y Preferente Plus de BOOKING.COM desde al menos el 1 de enero de 2019 hasta la actualidad.

6.6. OTRAS ALEGACIONES

6.6.1. Sobre la solicitud de suspensión del procedimiento de BOOKING.COM

- (810) En su escrito de alegaciones a la PR BOOKING.COM vuelve a solicitar la suspensión del presente procedimiento⁵⁹⁹, basándose en el artículo 37.1.c) de la LDC, a la vista de la incidencia directa que, a su juicio, tendría sobre el mismo la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Ámsterdam (Países Bajos) que se encuentra pendiente ante el TJUE en el asunto C-264/23, *Booking.com y Booking.com (Deutschland)*⁶⁰⁰.
- (811) En dicho asunto el Tribunal de Ámsterdam pide al TJUE que se pronuncie sobre dos cuestiones:

"¿Deben considerarse las cláusulas de paridad amplia y restringida en el contexto del artículo 101 TFUE, apartado 1, una restricción accesoria?"

"¿Cómo debe delimitarse el mercado de referencia a la hora de aplicar el Reglamento (UE) nº 330/2010 (1) cuando en las transacciones intermedia una online travel agency platform (OTA) [plataforma de agencia de viajes en línea] en la que los

⁵⁹⁹ Folios 6981 a 6983 (folios no confidenciales 7107 a 7109).

⁶⁰⁰ DO C 286 de 14 de agosto de 2023, página 17.

alojamientos pueden ofrecer habitaciones y ponerse en contacto con los viajeros, los cuales pueden reservar una habitación a través de la plataforma?"

- (812) Concretamente, BOOKING.COM considera que, dado que la CNMC está obligada a aplicar uniformemente el Derecho de la UE en virtud del artículo del Reglamento 1/2003, la CNMC debe aguardar al pronunciamiento del TJUE en dicho asunto, habida cuenta de su supuesta aplicabilidad directa al presente procedimiento:
- la primera cuestión planteada al TJUE incidiría, según BOOKING.COM, en la valoración, como abuso explotativo, de la presunta asimetría consistente en exigir la paridad estrecha de precios a los hoteles, y
 - la segunda cuestión planteada al TJUE resultaría relevante para la definición de mercado, de acuerdo con BOOKING.COM.
- (813) Primeramente, cabe señalar que durante el período transcurrido entre la presentación de las alegaciones a la PR por parte de BOOKING.COM y la redacción de la presente resolución se han dictado y hecho públicas las conclusiones del AG en relación con cuestión prejudicial mencionada⁶⁰¹, las cuales, si bien no vinculan al TJUE, suelen ser tomadas en especial consideración por el Tribunal de Justicia considerando que su función es la de contribuir a la calidad y coherencia de la jurisprudencia del TJUE, proporcionando un análisis profundo y una perspectiva adicional a sus jueces antes de que tomen una decisión final.
- (814) Dicho esto, esta Sala hace suyas las consideraciones llevadas a cabo por el órgano instructor en el sentido de denegar la solicitud de suspensión del procedimiento realizada por BOOKING.COM por los siguientes motivos:
- (815) Por lo que se refiere a la primera pregunta planteada en la citada cuestión prejudicial, es preciso tener en cuenta que, en el presente expediente, no se analiza si las cláusulas de paridad de precios amplia y restringida que una OTA impone a los hoteles en el marco de sus condiciones comerciales deben considerarse restricciones accesorias a efectos del artículo 101.1 del TFUE, sino que aborda un supuesto muy distinto, esto es, el carácter abusivo desde la perspectiva del artículo 102 del TFUE que tiene sobre los hoteles situados en España el hecho que BOOKING.COM les aplique dicha paridad y, a la vez, se otorgue a sí mismo contractualmente la posibilidad de rebajar unilateralmente el precio del hotel. Por tanto, es el empleo conjunto, por parte BOOKING.COM, en sus términos contractuales con hoteles, de la paridad de precios estrecha y de

⁶⁰¹ Véanse al respecto las conclusiones del Abogado General Sr. Anthony Michael Collins presentadas el 6 de junio de 2024 en el Asunto C-264/23.

la posibilidad de rebajar unilateralmente el precio del hotel, lo que constituye el foco de análisis en el presente expediente.

- (816) En todo caso, y si se aceptara que dicha cuestión prejudicial afecta directamente al análisis de las conductas sancionadas en la presente resolución (*quod non*) cabe señalar que el AG Collins ha indicado que:

*"48. [...] Como sostiene la mayoría de las partes del presente procedimiento, **las cláusulas de paridad de precios amplia y restringida no parecen imprescindibles. No parece existir un vínculo intrínseco entre la actividad principal de las OTA y la imposición de las cláusulas de paridad de precios. Tampoco parecen objetivamente necesarias para asegurar la viabilidad económica de las OTA.** De los autos del Tribunal de Justicia se desprende que las OTAs han continuado prestando sus servicios e incluso han prosperado en varios Estados miembros después de que se les prohibiera emplear cláusulas de paridad de precios. Como han afirmado varias partes en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, pueden adoptarse otros medios alternativos y menos restrictivos para conseguir el objetivo legítimo de impedir el parasitismo, por ejemplo, cobrar a los hoteles una tasa por su inclusión. Por consiguiente, **es cuestionable que las cláusulas de paridad de precios amplia y restringida cumplan el criterio de proporcionalidad que las restricciones accesorias deben satisfacer**" (subrayado y énfasis añadido).*

- (817) En cuanto a la segunda pregunta de la cuestión prejudicial anteriormente citada, es preciso tener en cuenta que la misma versa sobre cómo debe definirse el mercado de productos de referencia en lo que respecta a las actividades de una OTA que intermedia entre hoteles y clientes finales a efectos de la aplicación del artículo 3, apartado 1, del antiguo Reglamento de Exención por Categorías de Acuerdos Verticales (**RECAV**), lo cual tampoco es objeto del presente expediente y, por tanto, versa sobre la base de unas circunstancias fácticas distintas y que tiene lugar en otra jurisdicción (Países Bajos).

- (818) En cualquier caso, y si nuevamente hubiéramos acogido las alegaciones de BOOKING.COM basadas en el hecho de que la cuestión prejudicial afecta directamente al análisis de las conductas sancionadas en la presente resolución (*quod non*) el AG Collins también ha arrojado cierta luz sobre el asunto, confirmando el análisis y la definición de mercado adoptada por esta CNMC en la presente resolución:

*"67. Con arreglo a la nueva Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia, [...] Puede ser conveniente definir mercados de productos de referencia independientes, aunque interrelacionados, para los productos que ofrezca cada lado de la plataforma. [Véase el apartado 95 de la nueva Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia].
[...]"*

69. No se discute que, en el caso de autos, Booking.com gestiona un mercado bifronte como proveedor de servicios de intermediación en línea tanto a hoteles como a clientes finales. Aunque corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si procede definir un único mercado de productos de referencia que abarque a los usuarios de ambos lados de la plataforma, o dos mercados de productos de referencia separados, uno para cada lado de la plataforma, las nuevas Directrices Verticales indican que, **a efectos de los umbrales de cuota de mercado** establecidos en el artículo 3, apartado 1, del nuevo RECAV, **un proveedor de servicios de intermediación en línea como Booking.com se clasifica como proveedor de dichos servicios, y una empresa que ofrece o vende bienes o servicios a través de un proveedor de servicios de intermediación en línea, como un hotel, se clasifica como comprador con respecto a esos servicios de intermediación en línea.** En consecuencia, **la cuota de mercado de la empresa que presta servicios de intermediación en línea se calcula tomando en consideración el mercado de referencia para el suministro de tales servicios a las empresas clasificadas como compradores.** Asimismo, de conformidad con las nuevas Directrices Verticales, el alcance del mercado de productos de referencia dependerá del grado de sustituibilidad entre los servicios de intermediación en línea y fuera de línea, entre los servicios de intermediación utilizados para diferentes categorías de bienes y servicios, y entre los servicios de intermediación y los canales de venta directa." (subrayado y énfasis añadido)

- (819) Por todo lo anterior, la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Ámsterdam no hace necesario suspender el presente procedimiento.
- (820) Con carácter adicional, el artículo 16.1 del Reglamento 1/2003 señala que sólo los órganos jurisdiccionales nacionales (y no la autoridad de competencia nacional) deben evitar adoptar resoluciones que previsiblemente entrarían en conflicto con la decisión contemplada o que tenga previsto tomar la Comisión en sus procedimientos (aunque no haya adoptado la decisión), supuesto que más se acerca a la cuestión prejudicial pendiente ante el TJUE alegada por BOOKING.COM. Cuando se produzca el supuesto contemplado en el artículo del Reglamento 1/2003, el tribunal nacional puede necesitar, llegado el caso, suspender su procedimiento y plantear una cuestión prejudicial al TJUE directamente, de acuerdo con el artículo 267 TFUE, sobre la interpretación del derecho comunitario, si dilucidar esa cuestión resulta necesario para emitir su fallo (si no es tribunal de última instancia, puede plantearla o no; si es de última instancia, es obligado en ese caso). El artículo 16.1 del Reglamento 1/2003 señala expresamente que la obligación que recoge se entiende sin perjuicio de los derechos y obligaciones que establece el artículo 267 del TFUE. Por tanto, si ni siquiera la Audiencia Nacional tendrá la obligación de suspender el procedimiento, con menos motivo lo tendrá esta CNMC como autoridad administrativa.

6.6.2. Sobre la solicitud de terminación convencional del expediente de BOOKING.COM

- (821) Tal y como se ha indicado en los antecedentes de la presente resolución (ver epígrafe 1), de conformidad con lo dispuesto en los artículos 52 de la LDC y 39 del RDC, BOOKING.COM solicitó el inicio de la **terminación convencional** del procedimiento sancionador en sucesivas ocasiones y la DC las fue denegando en sucesivas ocasiones (ver Tabla 4).
- (822) En sus alegaciones a la PR, BOOKING.COM señala que la DC no habría tramitado correctamente la instrucción del expediente y habría dejado sin sentido el procedimiento de terminación convencional y que, en todo caso, el acuerdo de denegación del inicio de terminación convencional habría vulnerado su derecho de defensa⁶⁰².
- (823) Sobre estas alegaciones ya se ha pronunciado extensa y recientemente este Consejo en su resolución de 17 de abril de 2024 (expte. R/AJ/020/24 BOOKING) dictada a raíz del recurso interpuesto por BOOKING.COM el 18 de enero de 2024 al amparo del artículo 47 de la LDC, contra el acuerdo de la DC de 4 de enero de 2024, por el que se le denegó el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del presente procedimiento a tenor de la segunda solicitud formal de BOOKING de 1 de diciembre de 2023.
- (824) Al respecto, este Consejo tras analizar y pronunciarse sobre cada uno de los motivos del recurso, idénticos a las alegaciones presentadas a la PR por BOOKING.COM sobre este asunto, resolvió inadmitir el recurso presentado, dada la ausencia de indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la recurrente, motivo por el cual, y para evitar reiteraciones innecesarias, nos remitimos a lo ya señalado por este Consejo en dicha resolución⁶⁰³.

6.6.3. Sobre la solicitud de confidencialidad

- (825) BOOKING.COM ha solicitado expresamente la confidencialidad de su escrito de alegaciones a la PR y de determinados documentos anexos a los mismo al considerar que contienen información que constituye secretos de negocio cuyo conocimiento por parte de terceros le podría ocasionar un perjuicio irreparable, motivo por el cual aporta una versión censurada del mismo⁶⁰⁴.

⁶⁰² Folios confidenciales 7100 a 7102.

⁶⁰³ Véase la resolución del Consejo de la CNMC de 17 de abril de 2024 (expte. R/AJ/020/24 BOOKING).

⁶⁰⁴ Folios 7106 a 7205.

- (826) Esta Sala, tras analizar el escrito de alegaciones y los documentos adjuntos a los que se ha hecho referencia, considera que los mismos merecen la consideración de información confidencial. Se declara, por tanto, confidencial el escrito de alegaciones y los anexos identificados como tales por BOOKING.COM.
- (827) Asimismo, BOOKING.COM solicita que se declare confidencial la información aportada en respuesta al requerimiento de información de 19 de junio de 2024⁶⁰⁵, tanto en lo que se refiere a sus cifras de volumen de negocios en el mercado afectado por las conductas investigados como a su volumen de negocios total en el ejercicio 2023.
- (828) Por lo que se refiere a este último dato sobre la facturación total de BOOKING.COM, esta Sala considera que la citada información, además de tener carácter público, dado que es información que consta o constará en los registros públicos correspondientes, es una información necesaria para el cálculo de la sanción y refleja el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 63 de la LDC, que condiciona el cálculo de la misma al porcentaje del volumen de negocios total de la empresa del año anterior, por lo que no procede declarar su confidencialidad. En relación con los datos de volumen de negocios del mercado afectado en el año 2023, teniendo en cuenta que se refiere de forma desagregada a un año concreto, sí se estiman confidenciales.

6.7. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

6.7.1. Criterios de imposición de las multas

- (829) Se ha acreditado la existencia de dos infracciones del artículo 2 de la LDC, así como del artículo 102 del TFUE, por parte de BOOKING.COM, consistentes en (i) la imposición de condiciones comerciales no equitativas a hoteles y (ii) la restricción de la competencia de otras OTAs.
- (830) Dado que, durante el periodo en que se produjeron dichas infracciones, entró en vigor la modificación de la LDC por la que la infracción del artículo 2 de la LDC pasó de grave a muy grave (en virtud del Real Decreto-ley 7/2021), en el cálculo de la multa se tendrá en cuenta dicha circunstancia (véase el epígrafe 6.5.2.1.4 de la presente resolución):
- Durante el periodo comprendido desde al menos el 1 de enero de 2019 hasta el 28 de abril de 2021, se trata de dos infracciones graves (de acuerdo con el artículo 62.3.b de la LDC previo a la reforma operada por

⁶⁰⁵ Folios 7810 a 7812.

el Real Decreto-ley 7/2021), cada una de las cuales puede ser sancionada con una multa de hasta el 5% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.b).

- Durante el periodo comprendido entre el 29 de abril de 2021 (fecha de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 7/2021) y la actualidad, se trata de dos infracciones muy graves (de acuerdo con el artículo 62.4.b de la LDC), cada una de las cuales puede ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c).

- (831) En el ordenamiento jurídico español, la determinación de las sanciones debe realizarse sobre la base de los criterios fijados en el artículo 64 de la LDC⁶⁰⁶. La aplicación debe realizarse de conformidad con la doctrina jurisprudencial fijada por nuestro Tribunal Supremo⁶⁰⁷.
- (832) Cuando procede una aplicación conjunta de las normas nacionales y de la Unión Europea, las sanciones en materia de defensa de la competencia deben establecerse de forma que se garantice una aplicación eficaz y uniforme del Derecho europeo de la competencia⁶⁰⁸. Como se dispone en la Directiva ECN+, las autoridades nacionales de competencia *“deben tener la facultad de imponer multas efectivas, proporcionadas y disuasorias a las empresas y asociaciones de empresas”*⁶⁰⁹.
- (833) Las sanciones deben determinarse sobre la base de la duración y la gravedad de la infracción. Para evaluar la gravedad de la conducta se pueden tener en consideración *“la naturaleza de la infracción, la cuota de mercado combinada de todas las empresas involucradas, el alcance geográfico de la infracción, el hecho de que la infracción se haya aplicado, el valor de las ventas de bienes y servicios de la empresa a que se refiere directa o indirectamente la infracción y el tamaño y poder de mercado de la empresa implicada”*⁶¹⁰.

⁶⁰⁶ De conformidad con el artículo 5 del Reglamento 1/2003, la imposición de las sanciones se realizará por las autoridades de competencia de los Estados miembros de acuerdo con “su Derecho nacional”.

⁶⁰⁷ Especialmente, la Sentencia del TS de 29 de enero de 2015, recurso 2872/2013 (ECLI:ES:TS:2015:112).

⁶⁰⁸ Véase la apreciación al respecto del Considerando Primero del Reglamento 1/2003.

⁶⁰⁹ Véase el considerando 40 de la Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior (DO L 11 de 14.1.2019, p. 3/33).

⁶¹⁰ Véase el considerando 47 de la Directiva ECN+.

- (834) En este proceso de fijación de las sanciones, el Consejo de la CNMC “*cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa*”⁶¹¹.

6.7.2. Aplicación al caso

- (835) Las conductas imputadas son prácticas prohibidas por los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE, en concreto un abuso de posición de dominio explotativo hacia los hoteles y un abuso de posición de dominio exclusionario hacia otras OTAs en España por parte de BOOKING.COM.
- (836) La primera infracción de abuso de posición de dominio de tipo explotativo, consiste en una infracción única y continuada compuesta de tres infracciones correspondientes a las tres conductas consistentes en la imposición de condiciones comerciales no equitativas a los hoteles situados en España desde al menos el 1 de enero de 2019 hasta la actualidad. Concretamente se trata de las siguientes conductas:
- la asimetría en la aplicación de la cláusula de paridad de precios estrecha por parte de BOOKING.COM existente desde al menos el 30 de abril de 2019 hasta, en principio, julio de 2024⁶¹²:
 - mientras BOOKING.COM impone una cláusula de paridad de precios estrecha a los hoteles, esto es, les impide rebajar su precio (respecto al precio ofertado en el sitio web de BOOKING.COM) en su propio canal de venta en línea;
 - BOOKING.COM se reserva la posibilidad de rebajar unilateralmente el precio que ofrece el hotel en el sitio web de BOOKING.COM, con cargo a su comisión, en determinados casos;
 - la imposición a los hoteles situados en España de los siguientes términos en las Condiciones Generales de Contratación que gobiernan la relación contractual entre las partes desde al menos el 1 de enero de 2019 hasta, en principio, julio de 2024⁶¹³:

⁶¹¹ Sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, Asunto C-194/14 P AC-Treuhand AG contra Comisión Europea, (ECLI:EU:C:2015:717), citada, entre otras muchas, por la Sentencia del TS de 7 de junio de 2021, recurso 5428/2020 (ECLI:ES:TS:2021:2439).

⁶¹² Véase nota al pie 488.

⁶¹³ Véase nota al pie 510.

- la versión vinculante de las Condiciones Generales de Contratación es aquella redactada en inglés;
- las Condiciones Generales de Contratación se rigen por el derecho de los Países Bajos, conforme al cual deben interpretarse, y, en caso de conflicto en relación con las mismas, un hotel situado en España debe acudir a los tribunales competentes de Ámsterdam, Países Bajos;
- la falta de transparencia en la información que ofrece BOOKING.COM a los hoteles situados en España, desde al menos el 1 de enero de 2019 hasta la actualidad, sobre el impacto que tiene la suscripción de los programas Preferente, Preferente Plus y *Genius* en su posición dentro de la clasificación predeterminada de resultados que ofrece BOOKING.COM en su sitio web y el consiguiente número adicional de visitas al hotel y reservas en el sitio web de BOOKING.COM. Dicha falta de transparencia en la información señalada se produce (i) tanto con carácter previo a la utilización de dichos programas por el hotel (no mostrando una previsión individualizada del impacto esperable que tengan dichos programas en el número adicional de visitas al hotel y de reservas en el sitio web de BOOKING.COM), (ii) como una vez el hotel los ha empleado durante un tiempo (no mostrando una estimación individualizada de su impacto real en dicho número adicional de visitas al hotel y de reservas).

(837) La segunda infracción de abuso de posición de dominio de tipo exclusionario consistente en una infracción única y continuada compuesta de dos infracciones correspondientes a las dos conductas consistentes en restringir la competencia de otras agencias de viajes en línea (OTAs) a la hora de ofrecer servicios de intermediación de reservas en línea a los hoteles situados en España, desde al menos el 1 de enero de 2019 hasta la actualidad. Concretamente, estas dos conductas son:

- el empleo de las reservas brutas (incluidas las cancelaciones) y netas (sin incluir las cancelaciones) que un hotel situado en España ha tenido en el sitio web de BOOKING.COM como criterio de ordenación de los hoteles en la clasificación predeterminada de resultados que ofrece BOOKING.COM en su sitio web, desde al menos el 1 de enero de 2019 hasta la actualidad; y
- el empleo del criterio de rendimiento (*performance score*) para que un hotel situado en España pueda acceder y permanecer en los programas Preferente y Preferente Plus de BOOKING.COM, desde al menos el 1 de enero de 2019 hasta la actualidad.

(838) El volumen de negocios total de BOOKING.COM en 2023 fue de 16.053.164.188 euros.

- (839) En primer lugar, en cuanto a las características de los mercados afectados (art. 64.1.a), las infracciones se han desarrollado en el mercado de servicios de intermediación de reservas en línea a hoteles situados en España.
- (840) En cuanto a la dimensión del mercado afectado (art. 64.1.a), la facturación en el mercado afectado durante las infracciones, según los datos aportados por la empresa, fue de **[CONFIDENCIAL]**⁶¹⁴.
- (841) La cuota de mercado de BOOKING.COM, según la información que obra en el expediente, ha oscilado durante el período 2019-2022 entre el 70% y el 90%, teniendo en cuenta el importe de las comisiones cobradas a hoteles (art. 64.1.b).
- (842) En cuanto al mercado geográfico afectado por las infracciones (art. 64.1.c), es nacional con efectos intracomunitarios.
- (843) La duración de ambas conductas (art. 64.1.d) abarca desde enero de 2019 hasta la actualidad⁶¹⁵.
- (844) Por último, en relación con los efectos de las conductas (art 64.1.e), esta Sala ya ha manifestado que la inclusión de las condiciones comerciales de BOOKING.COM que se consideran explotativas ha perjudicado directamente a los hoteles situados en España de forma desproporcionada y carente de justificación. Por su parte, (i) el criterio de ordenación en la clasificación predeterminada basado en las reservas del hotel, así como (ii) el requisito de acceso y permanencia en los Programa Preferente y Preferente Plus basado en la rentabilidad del hotel, han promovido que los hoteles impulsaran sus ventas en BOOKING.COM en detrimento de otras OTA, al incentivar que los hoteles que emplean BOOKING.COM no fijen condiciones comerciales (precios, disponibilidad...) más atractivas en otras OTAs competidoras que en BOOKING.COM.
- (845) Finalmente, no se ha apreciado la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes previstas en los artículos 64.2 y 64.3.

⁶¹⁴ Datos hasta diciembre de 2022.

⁶¹⁵ Con la excepción de la conducta relativa a la asimetría en la aplicación de la cláusula de paridad estrecha, que se inició más tarde, al menos el 30 de abril de 2019, dado que en dicho mes se produjo el lanzamiento del programa BSB para los hoteles situados en España (vid. hecho acreditado 5.3 y, en particular, el párrafo (275)) estando ya en vigor la cláusula de paridad de precios, y habría finalizado, en principio, en julio de 2024, al igual que la conducta relativa a la imposición de la versión de las GDT en inglés y del foro y jurisdicción de los Países Bajos que también habría finalizado, en principio, en julio de 2024 (véase notas al pie 488 y 510).

- (846) Considerando todos estos factores, deben determinarse las sanciones adecuadas a este caso.

6.7.3. Multas

- (847) El conjunto de factores expuestos anteriormente permite concretar el tipo sancionador total que corresponde aplicar en cada caso a la entidad infractora sobre su volumen de negocios total en 2023:

- Para la primera infracción de abuso de posición de dominio de carácter explotativo, consistente en la imposición por parte de BOOKING.COM de una serie de condiciones comerciales no equitativas a los hoteles situados en España, esta Sala considera apropiados los siguientes tipos sancionadores:
 - o para el periodo comprendido desde el 1 de enero de 2019 hasta el 28 de abril de 2021, el 3,5%;
 - o para el periodo comprendido desde el 29 de abril de 2021 hasta la actualidad, el 7%;

Este porcentaje, aplicado sobre el volumen de negocios de 2023 aportado por BOOKING.COM (16.053.164.188 euros), daría lugar a la imposición de una sanción por esta primera infracción de 1.685.582.240 euros.

- Para la segunda infracción de abuso de posición de dominio de carácter exclusionario, consistente en restringir la competencia de otras OTA a la hora de ofrecer servicios de intermediación en línea de reservas a los hoteles situados en España, esta Sala considera apropiados los siguientes tipos sancionadores:
 - o para el periodo comprendido desde el 1 de enero de 2019 hasta el 28 de abril de 2021, el 3%;
 - o o para el periodo comprendido desde el 29 de abril de 2021 hasta la actualidad, el 6%;

Este porcentaje, aplicado sobre el volumen de negocios de 2023 aportado por BOOKING.COM (16.053.164.188 euros), daría lugar a la imposición de una sanción por esta segunda infracción de 1.444.784.777 euros.

- (848) Sin embargo, la jurisprudencia exige comprobar que la sanción impuesta no resulte desproporcionada en relación con la efectiva dimensión de la conducta de la empresa infractora y el resto de los factores que se verifiquen en cada caso concreto.

- (849) Para realizar cualquier valoración de la proporcionalidad de la sanción es necesario utilizar como referencia un porcentaje de la facturación en el mercado afectado durante la infracción que refleje el potencial beneficio derivado de la conducta y aplicar a esa cifra un factor incremental que asegure la disuasión. Esta estimación se utiliza como valor de referencia, por encima del cual se considera que la multa podría resultar desproporcionada.
- (850) Esta comprobación muestra que las multas que correspondería imponer a BOOKING.COM por las dos infracciones, resultantes de aplicar los tipos sancionadores sobre el volumen de negocios total de la empresa infractora en 2023, corren el riesgo de resultar desproporcionadas en relación con la efectiva dimensión de la infracción, por lo que procede ajustarlas para asegurar su proporcionalidad.
- (851) El valor de referencia es en este caso común para ambas infracciones, que parten de una duración común y de una afectación al mismo mercado. A juicio de este Consejo, teniendo en cuenta los factores indicados en los párrafos anteriores, la cifra máxima que cabría imponer, para asegurar la proporcionalidad de la sanción, es de 206.620.000 euros para cada una de las infracciones.
- (852) En consecuencia, esta Sala concluye que las multas proporcionadas y disuasorias que corresponde imponer a BOOKING.COM ascienden a:
- Para la primera infracción de abuso de posición de dominio explotativo, consistente en la imposición por parte de BOOKING.COM de una serie de condiciones comerciales no equitativas a los hoteles situados en España, 206.620.000 euros.
 - Para la segunda infracción de abuso de posición de dominio exclusionario, consistente en restringir la competencia de otras OTA a la hora de ofrecer servicios de intermediación en línea de reservas a los hoteles situados en España, 206.620.000 euros.

6.7.4. Alegaciones a la multa impuesta

- (853) BOOKING.COM alega que la PR se refiere a conductas que implican teorías del daño novedosas, por lo que considera que aun en el caso de que este Consejo establezca que ha existido infracción, debería excluir la multa o, al menos, reducir su importe. La imposición de una sanción requeriría, a su juicio, pruebas adicionales de intención o negligencia que no aporta la PR.
- (854) En primer lugar, la jurisprudencia comunitaria ha establecido reiteradamente que el carácter novedoso de una concreta forma de abuso (o de las concretas

características del mismo) no determina que tal abuso no sea sancionable ni que proceda modular la sanción⁶¹⁶.

- (855) No debe confundirse la previsibilidad del resultado, como elemento subjetivo del delito culposo, con que sólo pueda sancionarse una forma de abuso que haya sido previamente sancionada. Tal interpretación es incompatible con el efecto útil de la prohibición, pues bastaría que las empresas dominantes encontrasen nuevos modos de abusar de su posición de dominio para quedar a salvo de la sanción.
- (856) Además, como ya se ha mencionado a lo largo de la resolución, existen números precedentes europeos que ya han investigado y sancionado algunas de las prácticas abusivas que se le imputan a BOOKING.COM en el presente procedimiento, en concreto las referentes a la paridad de precios, por lo que no puede defenderse que, en términos generales, la teoría del daño sea novedosa. De hecho, el TS ha señalado en varias de sus sentencias que una conducta abusiva, que puede incluirse entre las que prevé el art.2 de la LDC, es por tanto previsible, lo cual se entiende de forma objetiva, sin que dependa de la intencionalidad del actor⁶¹⁷.
- (857) La responsabilidad objetiva se encuentra proscrita en el derecho sancionador, donde rige el principio de culpabilidad (por dolo, culpa o negligencia grave y simple negligencia). Respecto a la cuestión de si las infracciones se cometieron deliberadamente o por negligencia y, por tanto, pueden sancionarse con una multa, la jurisprudencia europea señala que esta condición se cumple cuando la empresa de que se trata no podía ignorar que su comportamiento era contrario a la competencia, tuviera o no conciencia de infringir las reglas de competencia del TFUE. Sin embargo, en el presente caso, no cabe considerar las conductas acreditadas como una actuación diligente dada la posición de BOOKING.COM en el mercado analizado, la naturaleza de las infracciones cometidas y los precedentes existentes.
- (858) BOOKING.COM alega también que la versión de la LDC anterior al 29 de abril de 2021 no contemplaba multas “*por cada infracción*”, puesto que esta especificación se añadió mediante el Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril. BOOKING.COM considera que si se aplica el límite del 5% a las sanciones impuestas por tratarse de conductas llevadas a cabo antes del 29 de abril de

⁶¹⁶ Por todas, véanse las SSTJUE de 9 de noviembre de 1983, *Michelin I*, C-322/81, ECLI:EU:C:1983:313 y de 1 de julio de 2010, *AstraZeneca AB y AstraZeneca plc v. Comisión Europea*, Asunto T-321/05. EU:T:2010:266.

⁶¹⁷ Véanse las SSTS de 30 de mayo de 2006 (Rec. 7151/2003) y de 4 de abril de 2006 (Rec. 4699/2003).

2021 –y no el 10% aplicable tras la entrada en vigor del mencionado Real Decreto-Ley–, debería también aplicar dicho límite para el total de las infracciones y no para cada infracción.

- (859) Por un lado, sobre la ley aplicable a las conductas sancionadas cabe remitirse a lo señalado por este Consejo en la sección 6.5.2.1.4 de la presente resolución. Sobre la aplicación del límite del 5% por cada infracción y no para el importe total de todas las sanciones, este Consejo interpreta que la modificación del artículo 63 introducida en abril de 2021 no supone un cambio en el régimen sancionador. La introducción de la frase “*por cada una de las infracciones declaradas*”, refiriéndose a los límites en la cuantía de las sanciones según su gravedad, tiene efectos meramente aclaratorios.
- (860) El Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril, además de transponer la Directiva ECN+, introdujo algunas modificaciones menores en la LDC que se consideraron apropiadas a efectos de facilitar su aplicación. Este es el caso ante el que nos encontramos con la mencionada modificación del artículo 63. Otro ejemplo es la inclusión del término “*mundial*” al hablar del volumen de negocios total, también en el artículo 63. Esta CNMC viene utilizando el volumen de negocios mundial de las empresas desde hace años con el respaldo de los tribunales, por lo que la inclusión de esta mención no supone ningún cambio en el régimen sancionador. Del mismo modo, antes de la reforma de 2021, la CNMC ya podía fijar cada sanción con el límite que correspondiese a cada infracción según el artículo 63.1, cuya redacción siempre ha hecho referencia a los límites sobre el volumen de negocios para infracciones, no para empresas sancionadas. Por tanto, a cada una de las infracciones únicas y continuadas declaradas le corresponde una sanción independiente.
- (861) Por otra parte, BOOKING.COM alega que la PR es incongruente al apreciar una conducta única y continuada para posteriormente dividir de manera artificial su duración, al fijar dos multas separadas. Según la empresa infractora, para respetar la prohibición de aplicar disposiciones sancionadoras más estrictas con carácter retroactivo, la única solución es aplicar el marco más favorable a la totalidad de las infracciones, esto es, aplicar el límite del 5%.
- (862) Esta alegación debe también ser rechazada. Además de lo ya indicado en las secciones 6.5.2.1.3 y 6.5.2.1.4 sobre las infracciones únicas y continuadas y la ley aplicable a las conductas imputadas, debe incidirse en que la infracción única y continuada responde a la concepción de que una infracción de competencia puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o de un comportamiento continuado, aun cuando estos puedan constituir por sí mismos infracciones independientes, siempre que las diversas acciones se inscriban en un plan conjunto con un objeto idéntico que falsea el juego de la

competencia. Entre otras, esta figura tiene ventajas claras desde la perspectiva de las empresas, en términos de proporcionalidad y unicidad de la sanción correspondiente.

- (863) Pues bien, en materia de infracciones continuadas y cambio normativo, caben dos hipótesis: i) si lo que ha hecho la reforma normativa es tipificar como infracción lo que antes era impune, la solución es obvia: habrá que sancionar solo las acciones posteriores a la entrada en vigor de la ley sin que puedan sancionadores las anteriores de ningún modo; ii) si estando ya tipificada como infracción una determinada conducta, lo que hace la nueva ley es agravar la sanción, lo que hay que hacer es aplicar la ley previa a las conductas realizadas con anterioridad a su entrada en vigor y la ley posterior a las conductas posteriores a la entrada en vigor de la reforma. Este es el caso del presente expediente. De lo contrario se produciría una situación que, paradójicamente, podría beneficiar a aquellos infractores con una participación en la infracción más larga, que habría empezado con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma de la LDC, respecto a aquellos infractores con una participación más corta pero que solo se habría desarrollado durante la vigencia de la nueva LDC.
- (864) En relación con la alegación anterior, BOOKING.COM sostiene que al aplicar el límite del 5% conjuntamente para ambas infracciones y sin aplicar el límite del 10% en los períodos posteriores a la reforma de 27 de abril de 2021, el importe base de la sanción se reduciría, lo que debería dar lugar a una reducción de la multa finalmente impuesta tras la comprobación de proporcionalidad. De no ser así, afirma BOOKING.COM que este Consejo estaría reconociendo que su método para la fijación de multas a las empresas multiproducto se basa únicamente en la comprobación de proporcionalidad y no tiene en cuenta la gravedad de la infracción ni el resto de los criterios del artículo 64 de la LDC.
- (865) BOOKING.COM no interpreta correctamente el uso de la comprobación de proporcionalidad. Como la propia empresa explica en otra de sus alegaciones, la estimación del límite de proporcionalidad se realiza a partir del volumen de negocios en el mercado afectado por la empresa –que no variaría aunque el límite se redujese al 5%–, al que se aplica un porcentaje (generalmente, el margen bruto de explotación del sector) y se multiplica por un factor de disuasión. El objetivo de esta comprobación es asegurar que la sanción sea proporcionada en relación con la efectiva dimensión de la conducta, por tanto hace referencia directa al artículo 64.1.a de la LDC. Además, las Indicaciones provisionales mencionan que la duración (art. 64.1.d) es uno de los criterios para la determinación del factor de disuasión. Del mismo modo, al tener en cuenta el tamaño de la empresa para fijar el factor de disuasión se atiende a lo establecido en el artículo 63 de la LDC. Por tanto, no puede afirmarse que la comprobación

de proporcionalidad sea ajena e independiente de los criterios de determinación de las sanciones que establece la LDC.

- (866) Esta CNMC ha manifestado en repetidas ocasiones que es el tipo sancionador aplicable a la empresa el que refleja la multa que corresponde imponer a la empresa en función de la gravedad y características de la infracción cometida, puesto que la LDC así lo establece. La posterior comprobación de proporcionalidad se hace necesaria únicamente para asegurar que la sanción correspondiente según el tipo sancionador no es desproporcionada por resultar excesiva en relación con la efectiva dimensión de la conducta.
- (867) BOOKING.COM considera que deberían haberse apreciado la concurrencia de circunstancias atenuantes. La empresa afirma haber cooperado activa y eficazmente con la CNMC más allá de su obligación y que intentó buscar una solución que satisficiera al órgano instructor. Además, la empresa dice no haber aplicado algunas de las conductas que la PR considera anticompetitivas y **[CONFIDENCIAL WEB]**.
- (868) Esta alegación debe ser rechazada. La LDC contiene un elenco no cerrado de posibles circunstancias atenuantes (art. 64.3). El único que puede relacionarse con las alegaciones de BOOKING.COM es el de “*la colaboración activa y efectiva*” con la CNMC (letra d). No obstante, esta Sala considera que no concurre ni ésta ni ninguna otra circunstancia atenuante. BOOKING parece confundir su preocupación por la denuncia (y correspondientes requerimientos de información) y por la ulterior incoación, concretadas en sus solicitudes de diversas reuniones con la DC, con una “*colaboración activa y efectiva*”. Sobre su interés en la finalización del procedimiento mediante una terminación convencional ya ha sido analizado por este Consejo en el expte. R/AJ/020/24 BOOKING, junto con sus sucesivas propuestas en tal sentido, por lo que, a juicio de esta Sala, tampoco pueden ser tenidos en cuenta para la cuantificación de la multa.
- (869) Finalmente, **[CONFIDENCIAL WEB]**, con sus alegaciones a la PR, cabe remitirse a lo señalado en los párrafos (898) y siguientes de la presente resolución.
- (870) BOOKING.COM alega que el test de proporcionalidad es oscuro y no permite una revisión adecuada. Sostiene que no sigue las indicaciones de la CNMC relativas al cálculo de la multa ni explica por qué se ha apartado de esta metodología.
- (871) Esta alegación debe ser rechazada, puesto que la DC ha seguido la práctica sancionadora habitual de acuerdo con las Indicaciones, como se explica en los párrafos 957 a 960 de la PR.

- (872) Según BOOKING.COM, no tendría sentido estimar un límite separado para cada infracción, sino que debería ser un único límite para todas conjuntamente. Puesto que la CNMC utiliza el margen del sector, incluiría según la infractora todos los beneficios ilícitos procedentes de cualquier infracción en dicho sector. En cualquier caso, considera que la utilización del margen bruto de explotación sobreestima los beneficios ilícitos.
- (873) Esta afirmación de BOOKING.COM es incorrecta. A lo largo del expediente ha quedado claro que las conductas que aquí se sancionan constituyen dos infracciones de abuso de posición de dominio separadas, que presentan distintas características –entre otras, uno de ellos es un abuso explotativo mientras que el otro es un abuso exclusionario– (ver sección 6.5.2.1.3). Por tanto, no cabe duda de que cada una de las infracciones merece una sanción distinta. Una vez fijado este tipo sancionador para cada infracción, la comprobación de proporcionalidad ha de hacerse igualmente para cada una de las sanciones de forma separada, a partir del volumen de negocios en el mercado afectado por cada una de las conductas, que depende a su vez de la duración de la infracción. La comprobación de proporcionalidad por separado es necesaria para asegurar que cada una de las sanciones es suficientemente proporcionada y disuasoria de forma individual, teniendo en cuenta que los sujetos afectados por las infracciones son distintos en cada caso.
- (874) En cualquier caso, es importante resaltar que la CNMC, al determinar las sanciones, en ningún caso pretende estimar los beneficios ilícitos derivados de la infracción. Se trata de un mero valor orientativo de referencia, un porcentaje sobre el volumen de negocios en el mercado afectado, con el único propósito de asegurar la proporcionalidad y el carácter disuasorio de la sanción.
- (875) En cuanto al factor de disuasión, que se estima como la inversa de la probabilidad de detección, BOOKING.COM alega que la probabilidad de detección de las conductas sancionadas fue alta porque se desarrollaron a la vista de todos, de forma que la necesidad de garantizar la disuasión no requiere un factor superior a 1.
- (876) Respecto a la determinación del factor de disuasión, si bien la literatura económica sugiere que ha de aproximarse con la inversa de la probabilidad de detección, conviene aclarar que en la práctica es sumamente complicado conocer esta probabilidad, por lo que las autoridades de competencia con sistemas similares al de la CNMC establecen un rango de factores de disuasión que aplicarán según el caso. En las Indicaciones provisionales de la CNMC se especifica que este factor será de entre 1 y 4 según la duración de la infracción y del tamaño de la empresa. Por tanto, dadas las características de las

infracciones y el tamaño de la empresa sancionada, se considera necesario fijar un factor de disuasión superior a 1.

6.8. OBLIGACIONES DE COMPORTAMIENTO

- (877) Esta Sala considera preciso acompañar las multas pecuniarias de una serie de obligaciones de comportamiento por parte de BOOKING.COM (en adelante, las **obligaciones de comportamiento**) en línea con la propuesta del órgano instructor.
- (878) Al respecto, si bien es cierto que BOOKING.COM ha informado a este Consejo sobre su voluntad de adoptar algunas de estas obligaciones antes del 1 de julio de 2024, anticipándose por tanto a la terminación del presente procedimiento sancionador⁶¹⁸, se considera igualmente oportuno que las mismas estén fijadas y contenidas en el cuerpo de la presente de resolución, de modo que se garantice que tanto las medidas que dice haber adoptado BOOKING.COM en su escrito sigan vigentes con posterioridad a la adopción de la presente resolución, como que las conductas que dieron lugar a las infracciones, u otras que puedan producir un efecto equivalente, no prosigan en el futuro.
- (879) De esta forma, las obligaciones de comportamiento que se imponen a BOOKING.COM son las siguientes:
1. BOOKING.COM deberá dejar de incluir simultáneamente en sus contratos, presentes y futuros, con hoteles situados en España los dos siguientes tipos de cláusulas:
 - aquella cláusula que obliga al hotel a mantener una paridad estrecha de precios con BOOKING.COM, de acuerdo con el contenido de esta cláusula que aparece recogido en el hecho acreditado 5.2 de esta resolución, y
 - aquella cláusula que permite a BOOKING.COM poder rebajar, a su discreción, el precio que el hotel establezca para sus habitaciones en el sitio web de BOOKING.COM, de acuerdo con el contenido de esta

⁶¹⁸ En concreto, BOOKING.COM presentó un escrito ante la CNMC el 23 de mayo de 2024 (folio 7475) en el que indicaba su voluntad implementar **[CONFIDENCIAL WEB]** a partir del 1 de julio de 2024 (folios 6252 a 6256). En particular, BOOKING.COM se comprometió, entre otros, a eliminar “los requisitos de paridad estrecha de los acuerdos con todos los alojamientos ubicados en España” y a modificar “las Condiciones Generales de Venta (General Delivery Terms o “GDTs”) aplicables a los alojamientos situados en España para que (i) estén sujetas a la jurisdicción de los tribunales españoles; (ii) estén sujetas a la legislación española; y (iii) la versión española de las GDTs sea vinculante para los alojamientos situados en España”.

cláusula que aparece recogido en el hecho acreditado 5.3 de esta resolución

Dentro de este supuesto no se contempla la suscripción voluntaria, por parte del hotel, de programas opcionales por los cuales el hotel habilite a BOOKING.COM para dicha posibilidad, siempre y cuando (i) dicha contratación no se vincule a la firma de las condiciones generales de contratación que un hotel debe suscribir para contratar los servicios de intermediación de reservas de BOOKING.COM y (ii) BOOKING.COM nunca incluya al hotel por defecto en este tipo de programas de naturaleza voluntaria.

Para cumplir con esta obligación, BOOKING.COM deberá abandonar uno de los dos tipos de cláusulas señaladas, a su elección.

2. BOOKING.COM deberá incluir en sus contratos, presentes y futuros, con hoteles situados en España que:
 - La versión en lengua española de las GDT y de cualquier condición general de contratación, entre BOOKING.COM y un hotel situado en España, es vinculante a efectos jurídicos y no está supeditada a la versión en otras lenguas.
 - El ordenamiento jurídico español es el aplicable a las GDT y a cualquier condición general de contratación, entre BOOKING.COM y un hotel situado en España.
 - En caso de conflicto en relación con las GDT o con cualquier condición general de contratación, entre BOOKING.COM y un hotel situado en España, los tribunales competentes deben estar radicados en España
3. BOOKING.COM ofrecerá a los hoteles situados en España, de forma individualizada, su mejor estimación relativa a la siguiente información en relación con su participación en los programas *Genius*, *Preferente* y *Preferente Plus*:
 - su mejor estimación sobre la previsión de visitas a la página web del hotel en BOOKING.COM, así como de reservas, adicionales que reportará cada programa durante el mes natural siguiente, de modo diferenciado, y
 - su mejor estimación del número de noches adicionales por habitación (del inglés, *room nights*) que ha reportado la participación en los programas *Preferente Plus* y *Genius* durante los últimos 30 días, de modo diferenciado.

En línea con la información que ha proporcionado BOOKING.COM

- en el programa ‘Visibilidad Extra’, sobre la estimación del aumento de visitas a la página web del hotel en el sitio web de BOOKING.COM y de reservas que va a obtener (véase párrafo (344)), y
- en el programa Preferente, sobre la estimación de noches adicionales por habitación que ha reportado su participación en el mismo durante los últimos 30 días (véase párrafo (329)).

Además, BOOKING.COM ofrecerá a los hoteles situados en España la posibilidad de consultar un histórico que recopile toda la información que haya ofrecido en relación con esta obligación, para que el hotel pueda consultarla *a posteriori*.

4. BOOKING.COM no empleará con hoteles situados en España, como criterio de ordenación de los resultados de su clasificación predeterminada, las reservas brutas (incluidas las cancelaciones) y netas (sin incluir las cancelaciones) del hotel en el sitio web de BOOKING.COM (y páginas de terceros donde se muestre la clasificación predeterminada de resultados elaborada por BOOKING.COM) o cualquier medida con efecto equivalente (como puede ser, entre otros, el nivel de ingresos que ha reportado el hotel a BOOKING.COM).
5. BOOKING.COM no empleará, con hoteles situados en España, como criterio de acceso y permanencia en los Programas Preferente y Preferente Plus, cualquier tipo de medida relacionada con la rentabilidad que supone el hotel para BOOKING.COM.

(880) BOOKING.COM deberá cumplir con dichas obligaciones dentro del siguiente plazo, a contar desde la notificación de la presente resolución::

- 2 meses para las obligaciones que conlleven un cambio en las condiciones contractuales entre BOOKING.COM y los hoteles situados (obligaciones nº 1 y 2);
- 6 meses para la obligación nº 3 anterior relativa a la información que debe ofrecer BOOKING.COM a los hoteles situados en España,
- 4 meses para las obligaciones nº 4 y 5.

(881) Por lo que se refiere a la duración de las obligaciones de comportamiento, la misma se extenderá diez años a contar desde la notificación de la presente resolución.

(882) En cualquier momento, la CNMC, a solicitud motivada de BOOKING.COM, podrá acordar la revisión del contenido de las obligaciones de comportamiento, incluso decidir que una obligación deja de resultar necesaria, si BOOKING.COM acredita motivadamente en su solicitud la existencia de cambios relevantes, tales como

un potencial conflicto de obligaciones en España que pudieran suscitarse por la su sujeción a la DMA como consecuencia de su designación como guardián de acceso⁶¹⁹.

(883) Asimismo, se hace necesario acompañar las citadas obligaciones de comportamiento de las siguientes obligaciones de comunicación a BOOKING.COM:

- con el fin de que los hoteles situados en España que emplean los servicios de intermediación de reservas de BOOKING.COM sean conocedores de los cambios introducidos por las citadas obligaciones de comportamiento:
 - o BOOKING.COM comunicará a los hoteles situados en España, a través de correo electrónico y de la Extranet de BOOKING.COM, cada vez que implemente una de las obligaciones de comportamiento anteriores, la naturaleza de los cambios que ha introducido y cómo les afectan, y
 - o En la Extranet de los hoteles situados en España en BOOKING.COM, BOOKING.COM albergará un apartado específico donde quedarán recogidos los cambios introducidos como resultado de las obligaciones de comportamiento impuestas por la resolución sancionadora. Este apartado debe ser accesible desde la página principal de la Extranet del hotel en BOOKING.COM y el enlace a dicho apartado debe ser visible por el hotel al acceder a su Extranet en BOOKING.COM. Dicho apartado su enlace de acceso,
 - se incluirán tan pronto se realice la primera comunicación de acuerdo con lo recogido en la obligación de comunicación recogida en el punto anterior y
 - deberán permanecer en el sitio web de BOOKING.COM durante un año a contar desde la última comunicación realizada con arreglo a lo señalado también en la obligación de comunicación recogida en el punto anterior.
- con el fin de que la CNMC pueda vigilar el efectivo cumplimiento de las obligaciones de comportamiento por parte de BOOKING.COM.
 - o BOOKING.COM informará a la CNMC de la fecha en que cada obligación ha entrado en efecto tan pronto como haya implementado cada obligación,

⁶¹⁹ Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828.

- BOOKING.COM enviará a la CNMC una copia del tipo de comunicación, tanto de correo electrónico como de Extranet, que ha enviado a los hoteles situados de España informando de cada cambio introducido como resultado de las obligaciones de comportamiento recogidas en la presente resolución sancionadora, en el plazo de 7 días a contar desde el envío de cada comunicación. Asimismo, una vez BOOKING.COM haya implementado todas las obligaciones de comportamiento mencionadas, en un plazo de 7 días, BOOKING.COM enviará a la CNMC capturas de pantalla en la que se muestre toda la información que viene recogida en el Apartado de la Extranet de los hoteles situados en España en BOOKING.COM, donde queden reflejados los cambios introducidos por las obligaciones de comportamiento citadas, de acuerdo con el contenido de la obligación de comunicación a dichos hoteles recogida en la presente resolución.
- durante el mes de enero siguiente al transcurso del año natural, BOOKING.COM informará a la CNMC sobre el estado de implementación de las obligaciones de comportamiento señaladas anteriormente y, en particular, sobre (i) cualquier incidencia que se haya producido en relación con las mismas y sobre (ii) todos los conflictos que haya tenido con hoteles situados en España relacionados con el contenido de dichas obligaciones de comportamiento, mientras estén en vigor dichas obligaciones de comportamiento.

(884) BOOKING.COM alega que las obligaciones propuestas por la DC -y asumidas por esta Sala- **[CONFIDENCIAL WEB]**.

(885) Al respecto, tal y como ya ha mencionado este Consejo en su resolución 17 de abril de 2024 de inadmisión del recurso administrativo interpuesto por BOOKING.COM contra el acuerdo de la DC de 4 de enero de 2024, por el que se denegó el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional (Expte R/AJ/020/24 BOOKING), y sin ánimo de ser reiterativos:

“A juicio de esta Sala, existen explicaciones alternativas mucho más razonables y plausibles. Por un lado, la Dirección de Competencia tiene contrastada capacidad técnica como para poder diseñar, desarrollar y finalmente plasmar en una propuesta de resolución una serie de obligaciones de comportamiento vinculantes para los presuntos infractores que a su juicio sean aptas para garantizar que las conductas que dieron lugar a las infracciones propuestas no prosigan en el futuro, sin necesidad de inspirarse o copiar las propuestas de compromisos ofrecidas por los presuntos infractores en una hipotética solicitud de inicio de terminación convencional. De hecho, como indica la Dirección de Competencia en su informe sobre el recurso, parece razonable concluir que la posible similitud entre ambas propuestas tiene que ver con el hecho de que el órgano instructor propuso sus obligaciones de comportamiento atendiendo a

las problemáticas descritas y delimitadas en el PCH, elaborado de forma previa a la propuesta de compromisos aportada por BOOKING en su segunda solicitud formal de inicio de terminación convencional. Por tales motivos, deben desestimarse también las alegaciones relativas a la supuesta vulneración del principio de buena administración por parte de la Dirección de Competencia”.

6.9. APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR

- (886) La Disposición Final Novena de la LRJSP, que modifica el artículo 60 del entonces vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre) y cuya entrada en vigor tuvo lugar el 22 de octubre de 2015⁶²⁰, establece una específica prohibición de contratar para los sancionados por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia, en los siguientes términos:

“No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 61 bis, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:

[...]

b) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional, de falseamiento de la competencia [...].”

- (887) Y esta previsión se recoge, con idéntica redacción, en el artículo 71.1.b) de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (**LCSP**):

“1. No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:

[...]

b) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia [...] de falseamiento de la competencia”.

- (888) Así pues, quedan sujetos a una prohibición de contratar con las entidades que forman parte del sector público los sujetos que hayan sido sancionados con carácter firme por una infracción grave o muy grave en materia de falseamiento de la competencia.
- (889) La CNMC ha señalado en numerosas resoluciones, desde el momento de entrada en vigor de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia, que esta es una consecuencia jurídica que deriva directamente de

⁶²⁰ Disposición final decimoctava de la LRJSP.

la Ley en el caso de sujetos sancionados por infracciones a la normativa de competencia⁶²¹.

- (890) También las sentencias del Tribunal Supremo núm. 1115/2021, de 14 de septiembre, y núm. 1419/2021, de 1 de diciembre, al recordar la alternativa procedimental para la concreción de la misma, indican que *“la prohibición de contratar acordada por la CNMC al amparo del art. 71.1. b) de la LCSP es una limitación anudada a la imposición de una sanción firme por una infracción grave en determinadas materias”*.
- (891) Como ha recogido el Consejo de la CNMC⁶²², las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núms. 3273/2022 y 3289/2022, ambas de 28 de septiembre de 2022, han concluido que la autoridad de competencia es competente para definir, respecto de cada infracción, el conjunto de consecuencias jurídicas que sirvan a los principios de eficacia, disuasión y proporcionalidad exigidos por la normativa europea e interna, entre ellas la prohibición de contratar, potestad ésta que lleva implícita la de pronunciarse sobre su alcance y duración. Lo anterior sin perjuicio de que el pronunciamiento relativo a la concreta duración y alcance de la prohibición pueda dejarse a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, conforme a lo establecido en el artículo 72 de la LCSP.
- (892) También ha confirmado el Consejo de la CNMC que la LCSP no restringe la prohibición de contratar a que la conducta anticompetitiva esté relacionada con la contratación pública⁶²³.
- (893) Si bien el 13 de junio de 2023 el Consejo de la CNMC adoptó la Comunicación 1/2023, sobre criterios para la determinación de la prohibición de contratar, estos criterios se aplicarán a los procedimientos sancionadores incoados con posterioridad a la publicación de tal Comunicación⁶²⁴.
- (894) En esta resolución se pone de manifiesto la responsabilidad de BOOKING.COM por dos infracciones únicas y continuadas de los artículos 2 de la LDC, y 102 del TFUE, que deben ser calificadas como infracciones de falseamiento de la competencia a los efectos del mencionado artículo 71.1.b) de la Ley 9/2017.
- (895) En sus alegaciones a la PR, BOOKING.COM señala que la imposición de la prohibición de contratar, junto con las obligaciones de conducta y la multa más

⁶²¹ Véase, por todas, la Resolución de la CNMC, de 14 de marzo de 2019, en el expte S/DC/0598/16 *Electrificación y Electromecánicas Ferroviarias*.

⁶²² Resolución de la CNMC, de 12 de julio de 2023, en el expte. S/0013/21 *AMAZON/APPLE BRANDGATING*.

⁶²³ *Idem*.

⁶²⁴ BOE núm. 155, de 30 de junio de 2023.

elevada de la historia refuerzan aún más la falta de proporcionalidad de esta prohibición⁶²⁵.

- (896) No obstante, como se ha indicado, la prohibición de contratar es una consecuencia jurídica que deriva directamente de la Ley en el caso de sujetos sancionados por infracciones a la normativa de competencia, tratándose de una limitación anudada a la imposición de una sanción como la que es objeto de la presente resolución. Además, esta Sala considera que, dada la duración, gravedad e impacto en el mercado y el bienestar de los consumidores de las conductas sancionadas, la imposición de esta prohibición -junto con la multa y las obligaciones de comportamiento descritas anteriormente- garantiza adecuadamente el necesario equilibrio entre los principios de disuasión, eficacia y proporcionalidad.
- (897) En todo caso, la normativa nacional, incorporando las Directivas comunitarias en la materia, establece instrumentos a disposición de las empresas para evitar ser excluidos de los procedimientos de contratación, a través de medidas de autocorrección o de “*self-cleaning*” (artículo 72.5 de la LCSP).
- (898) Al respecto, BOOKING.COM aporta en sus alegaciones a la PR, y por tanto, con posterioridad al cierre de la fase de instrucción del presente procedimiento, **[CONFIDENCIAL WEB]**.
- (899) **[CONFIDENCIAL WEB]**.
- (900) **[CONFIDENCIAL WEB]**.
- (901) Por todo lo anterior, esta Sala considera que debería declararse la prohibición de contratar para BOOKING.COM, siguiendo lo dispuesto en el citado artículo 71.1.b) de la LCSP.
- (902) Esta resolución no fija la duración y alcance de la prohibición de contratar. Por tanto, tales extremos deberán determinarse mediante el procedimiento tramitado de acuerdo con el artículo 72.2 LCSP. A tal efecto, se acuerda remitir una certificación de esta resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.
- (903) Con base en todo lo anterior, esta Sala

7. RESUELVE

Primero. Declarar acreditada la existencia de **una infracción única y continuada de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE**, por parte de BOOKING.COM B.V. compuesta de tres infracciones consistentes en la

⁶²⁵ Folios 7102 a 7103 (folio no confidencial 7203).

imposición de condiciones comerciales no equitativas a los hoteles situados en España **desde al menos el 1 de enero de 2019 hasta la actualidad**. Concretamente se trata de las siguientes conductas:

- la asimetría en la aplicación de la cláusula de paridad de precios estrecha por parte de BOOKING.COM B.V. existente desde al menos el 30 de abril de 2019 hasta, en principio, julio de 2024⁶²⁶:
 - mientras BOOKING.COM B.V. impone una cláusula de paridad de precios estrecha a los hoteles, esto es, les impide rebajar el precio en su propio canal de venta en línea respecto al precio ofertado en el sitio web de BOOKING.COM B.V.;
 - BOOKING.COM B.V. se reserva la posibilidad de rebajar unilateralmente el precio que ofrece el hotel en el sitio web de BOOKING.COM B.V., con cargo a su comisión, en determinados casos;
- la imposición a los hoteles situados en España de los siguientes términos en las Condiciones Generales de Contratación que gobiernan la relación contractual entre las partes desde al menos el 1 de enero de 2019 hasta, en principio, julio de 2024⁶²⁷:
 - la versión vinculante de las Condiciones Generales de Contratación es aquella redactada en inglés;
 - las Condiciones Generales de Contratación se rigen por el derecho de los Países Bajos, conforme al cual deben interpretarse, y, en caso de conflicto en relación con las mismas, un hotel situado en España debe acudir a los tribunales competentes de Ámsterdam, Países Bajos;
- la falta de transparencia en la información que ofrece BOOKING.COM B.V. a los hoteles situados en España, desde al menos el 1 de enero de 2019 hasta la actualidad, sobre el impacto que tiene la suscripción de los programas Preferente, Preferente Plus y *Genius* en su posición dentro de la clasificación

⁶²⁶ Al respecto, el 23 de mayo de 2024, BOOKING.COM presentó un escrito ante la CNMC (folio 7475) en el que indicaba su voluntad implementar **[CONFIDENCIAL WEB]** a partir del 1 de julio de 2024 (folios 6252 a 6256). En particular, BOOKING.COM se comprometió, entre otros cambios, a eliminar “los requisitos de paridad estrecha de los acuerdos con todos los alojamientos ubicados en España”.

⁶²⁷ Al respecto, el 23 de mayo de 2024, BOOKING.COM presentó un escrito ante la CNMC (folio 7475) en el que indicaba su voluntad implementar **[CONFIDENCIAL WEB]** a partir del 1 de julio de 2024 (folios 6252 a 6256). En particular, BOOKING.COM se comprometió, entre otros cambios, a modificar “las Condiciones Generales de Venta (*General Delivery Terms* o “GDTs”) aplicables a los alojamientos situados en España para que (i) estén sujetas a la jurisdicción de los tribunales españoles; (ii) estén sujetas a la legislación española; y (iii) la versión española de las GDTs sea vinculante para los alojamientos situados en España”.

predeterminada de resultados que ofrece BOOKING.COM B.V. en su sitio web y el consiguiente número adicional de visitas al hotel y reservas en el sitio web de BOOKING.COM B.V. Dicha falta de transparencia en la información señalada se produce (i) tanto con carácter previo a la utilización de dichos programas por el hotel (no mostrando una previsión individualizada del impacto esperable que tengan dichos programas en el número adicional de visitas al hotel y de reservas en el sitio web de BOOKING.COM B.V.), (ii) como una vez el hotel los ha empleado durante un tiempo (no mostrando una estimación individualizada de su impacto real en dicho número adicional de visitas al hotel y de reservas).

Segundo. Declarar acreditada la existencia de **una infracción única y continuada de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE**, por parte de BOOKING.COM B.V. compuesta de dos infracciones consistentes en restringir la competencia de otras agencias de viajes en línea (OTAs) a la hora de ofrecer servicios de intermediación de reservas en línea a los hoteles situados en España, **desde al menos el 1 de enero de 2019 hasta la actualidad**. Concretamente, estas dos conductas son:

- el empleo de las reservas brutas (incluidas las cancelaciones) y netas (sin incluir las cancelaciones) que un hotel situado en España ha tenido en el sitio web de BOOKING.COM B.V. como criterio de ordenación de los hoteles en la clasificación predeterminada de resultados que ofrece BOOKING.COM B.V. en su sitio web, desde al menos el 1 de enero de 2019 hasta la actualidad; y
- el empleo del criterio de rendimiento (*performance score*) para que un hotel situado en España pueda acceder y permanecer en los programas Preferente y Preferente Plus de BOOKING.COM B.V., desde al menos el 1 de enero de 2019 hasta la actualidad.

Tercero. Calificar las dos infracciones únicas y continuadas declaradas en los numerales **Primero** y **Segundo** como:

- **infracción grave** del artículo 62.3.b) de la LDC en su redacción previa a la reforma operada por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, durante el periodo de la infracción que transcurrió **desde el 1 de enero de 2019 hasta el 28 de abril de 2021**,
- **infracción muy grave** del artículo 62.4.b) de la LDC durante el periodo de la infracción que transcurrió **desde el 29 de abril de 2021 hasta la actualidad**.

Cuarto. Archivar las actuaciones contra BOOKING.COM, B.V. en lo que se refiere a la imputación de una **infracción única y continuada del artículo 3 de**

la **LDC**, de conformidad con lo indicado en la sección 6.5.1 de la presente resolución.

Quinto. Imponer a BOOKING.COM B.V. una **multa de 206.620.000 euros** por la comisión de una **primera infracción única y continuada de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE** consistente en un **abuso de posición de dominio de tipo explotativo** y una **multa de 206.620.000 euros** por la comisión de una **segunda infracción única y continuada de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE** consistente en un **abuso de posición de dominio de tipo exclusionario**.

Sexto. Imponer a BOOKING.COM B.V. las obligaciones de comportamiento contenidas en el fundamento de derecho 6.8 de la presente resolución.

Séptimo. Intimar a BOOKING.COM B.V. para que en el futuro se abstenga de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.

Octavo.- Remitir esta resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado de acuerdo con lo previsto en el fundamento de derecho 6.9.

Noveno. Resolver sobre la confidencialidad relativa a la documentación aportada por BOOKING.COM B.V. de conformidad con lo señalado en el fundamento de derecho 6.6.3.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.