

Comentario a la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0005/21 BOOKING

Autor¹:

Francisco de Paula Roig Guerrero, Técnico Comercial y Economista del Estado en la Subdirección de Sociedad de la Información de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

Resumen:

En el presente artículo se ofrece una síntesis de la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente sancionador S/0005/21 BOOKING, por prácticas restrictivas de la competencia, con un especial énfasis en el análisis de las conductas sancionadas, habida cuenta de su carácter novedoso dentro de la práctica de las autoridades de competencia.

Palabras clave:

Defensa de la competencia, abuso de posición dominante, plataformas digitales, OTAs.

Códigos JEL:

K21, L41.

¹ El autor fue instructor del expediente sancionador de referencia, si bien el contenido del artículo se basa exclusivamente en el contenido de la resolución e información pública. Este modesto artículo está dedicado a la memoria de María Álvarez San José, quien participó de forma destacada en la instrucción de este expediente.

1. Introducción

- (1) Con fecha 29 de julio de 2024 la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) adoptó su resolución en el expediente sancionador con número de referencia S/0005/21 BOOKING (en adelante, la resolución). En dicha resolución la CNMC consideró acreditada la comisión por parte de Booking.com B.V. (Booking.com) de dos infracciones por abuso de posición dominante, tanto del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), como del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Por ello, la CNMC sancionó a Booking.com cada infracción con sendas multas de 206.620.000 de euros (por lo que el total de la sanción recibida ascendió a 413,24 millones), le impuso una serie de obligaciones de comportamiento en el mercado y declaró la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas para Booking.com, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 71.1.b) de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP).
- (2) El propósito del presente artículo es ofrecer una síntesis de dicha resolución, con especial énfasis en las conductas sancionadas, habida cuenta de que atañen prácticas comerciales que hasta la fecha no habían sido objeto de sanción por parte de ninguna autoridad de la competencia en el mundo. La relevancia que ha cobrado Booking.com en el turismo nacional justifica también la oportunidad de un análisis detenido de dicha resolución.
- (3) Cabe recordar que Booking.com es una empresa cuya actividad principal reside en ofrecer, a través de su sitio web www.booking.com (y las variantes regionales de dicho sitio web), 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 (párrafo 23 de la resolución).
- (4) Asimismo, resulta preciso destacar desde un principio que la resolución de la CNMC se circunscribe a los servicios de intermediación online de reservas que Booking.com presta a los hoteles situados en España, excluyendo, por tanto, cualquier otro tipo de alojamiento o servicio cuya contratación Booking.com ofrezca también en su sitio web.
- (5) En lo que resta del presente artículo se seguirá el siguiente esquema expositivo: en primer lugar, se describirá la actividad de Booking.com en el sector hotelero, lo cual dará paso a la delimitación de los mercados relevantes afectados por las prácticas comerciales objeto del expediente, con arreglo a lo recogido en la resolución. A continuación, se describirán los hechos considerados acreditados por la resolución, que sirven de marco para la valoración jurídica de las conductas objeto del expediente. Tras ello, se analizará la posición dominante de Booking.com en el mercado relevante de la prestación de servicios de intermediación online de reservas a hoteles en España, así como las dos infracciones por abuso de posición dominante que la CNMC considera acreditadas en su resolución. Acto seguido, nos detendremos en la sanción recogida en la resolución. Finalmente, el artículo concluirá con una valoración del alcance de la resolución y su posible impacto en el mercado.

2. Descripción de la actividad de Booking.com en el sector hotelero español y definición de los mercados relevantes afectados

Como se ha señalado anteriormente, resulta conveniente describir someramente la actividad del sector hotelero en España, de modo a una mejor comprensión de las prácticas comerciales de Booking.com objeto del expediente, siguiendo el texto de la resolución (epígrafe 3 de la resolución).

En este sentido, cabe destacar la existencia de distintos canales de distribución o comercialización mediante los cuales los hoteles pueden hacer llegar su oferta a los clientes finales (párrafo 32):

- una primera clasificación de dichos canales distingue entre canales directos e indirectos en función de la existencia de intermediarios entre el cliente final y el hotel (párrafo 33). Así, la reserva por teléfono en el propio hotel constituiría un canal directo.
- una segunda clasificación atiende al empleo de medios electrónicos para hacer llegar la oferta del hotel al cliente final, distinguiendo entre canales fuera de línea (*offline*) y en línea (*online*) (párrafo 34). Con arreglo a esta clasificación, la contratación en una agenda de viajes física constituye un canal fuera de línea.

Siguiendo las clasificaciones señaladas, Booking.com puede catalogarse como un canal indirecto en línea, al tratarse de una agencia de viajes en línea (u OTA, por sus siglas en inglés –*online travel agency*–) en la que los clientes finales pueden reservar habitaciones en hoteles situados en España (párrafo 35).

Sin embargo, no todas las OTAs son iguales desde el punto de vista de la fuente de su inventario hotelero. Tal y como recoge la resolución de la CNMC (párrafo 40), cabe distinguir los siguientes tipos de OTAs en función de la fuente de su inventario hotelero:

- OTAs, como Booking.com y Expedia, que cuentan con inventario hotelero propio en virtud de contratos de colaboración firmados directamente con los hoteles;
- OTAs, como es el caso de eDreams, cuyo inventario hotelero es provisto por otra OTA con inventario hotelero propio, en el marco de un acuerdo de asociación comercial;
- OTAs, como es el caso de Logitravel, cuyo inventario hotelero es provisto por un mayorista.

Asimismo, la resolución destaca (párrafo 45) que, por lo general, la retribución de las OTAs proviene de una comisión calculada sobre el importe de las reservas intermediadas. A continuación, la resolución señala la existencia de 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:

- en el primer modelo, conocido como *retail*, de agencia o al por menor, 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 una comisión calculada sobre el importe de la reserva, comisión que el hotel le abonará tras el pago y la estancia del consumidor final. Booking.com es un ejemplo de OTA que ha seguido tradicionalmente este modelo, si bien, con posterioridad, 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’);

- en el segundo modelo, conocido como *merchant* o de comerciante, 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.¹¹ Expedia es una OTA que emplea este tipo de modelo.

Partiendo de la descripción precedente, la resolución llega a la conclusión de que la provisión de servicios de intermediación de reservas en línea a hoteles por parte de agencias de viajes en línea (OTAs), en España, constituye un mercado relevante a efectos del expediente (epígrafe 4.2.1 de la resolución).

Obsérvese que, con arreglo a la clasificación anterior, este tipo de servicios de intermediación de reservas vienen prestados exclusivamente por OTAs con inventario hotelero propio, OTAs que, además, se ajustan a lo que en la literatura económica se conoce como una plataforma de dos lados (párrafo 57), ya que, a través de su sitio web, ponen en contacto a dos grupos de usuarios diferentes, 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.

Para llegar a la anteriormente mencionada definición de mercado, la resolución se apoya principalmente en los siguientes elementos:

- el alojamiento de tipo hotelero constituye un mercado de producto diferente, a efectos del consumidor final, de otros tipos de servicios de viaje (sección 4.2.1.1.1), en especial, de los alquileres de alojamientos turísticos de corta duración, lo cual ha sido refrendado, para el caso español, por la decisión de la CE en la concentración M.10615 *Booking Holdings/ Etraveli Group*;
- las OTAs y los llamados metabuscadores (o MSS, por sus siglas en inglés –*metasearch sites*–) (epígrafe 4.2.1.1.3), tales como KAYAK, Trivago.es, Tripadvisor o Google Hotels,² operan en mercados de producto distintos, debido fundamentalmente a que los MSS no permiten reservar directamente habitaciones de hotel (a diferencia de lo que ocurre con las OTAs), sino que redirigen para ello al consumidor al sitio web del hotel o de la OTA;
- el servicio de intermediación de reservas ofrecido por una OTA con inventario hotelero propio constituye un mercado de producto diferente de otros canales de distribución en línea que puede emplear un hotel situado en España y, en especial, del canal directo del hotel (epígrafe 4.2.1.1.4). El motivo principal aportado en la resolución para alcanzar dicha conclusión son los resultados de un test del monopolista hipotético realizado a una muestra

² Un metabuscador puede definirse como un sitio web que agrega información relacionada con uno o más tipos de servicios de viaje.

representativa de hoteles situados en España³ (párrafos 176 a 193). De acuerdo con este ejercicio, un aumento permanente del 5-10% en la comisión que cobran todas las OTAs con inventario hotelero propio a los hoteles situados en España, resultaría rentable para estas OTAs, tal y como se recoge en la tabla siguiente, que resume las respuestas recibidas en el marco del mencionado test del monopolista hipotético:

Tabla 1. Resultados del test del monopolista hipotético a una muestra de hoteles en España

Tipo de hotel	Continuaría empleando el canal OTA en sentido que haría rentable el aumento de la comisión	Continuaría empleando el canal OTA si bien no queda claro si el aumento de la comisión sería rentable	Abandono del canal OTA	Total respuestas
Independiente	3	1	1	5
Cadena hotelera española	2	1	0	3
Cadena hotelera internacional	3	0	1	4
Total	8 (66,6%)	2 (16,6%)	2 (16,6%)	12

Fuente: elaboración propia a partir de datos de la resolución (párrafos 187 y 188)

- finalmente, en base al párrafo 95 de la Comunicación sobre definición del mercado relevante de la Comisión Europea, cabe descartar que los dos grupos de usuarios que atiende una OTA (hoteles y consumidores finales) formen parte de un mismo mercado de producto, ya que las empresas que compiten en cada lado de la plataforma son distintas:
 - mientras que, de cara a atraer hoteles, Booking.com solo compite con otras OTAs con inventario hotelero propio,
 - por el lado del cliente final Booking.com compite con todo tipo de OTAs (eDreams, Logitravel...) y no solo con OTAs con inventario hotelero propio (párrafo 58 en conexión con los párrafos 201 y 204).

Por tanto, definir un único mercado que englobe ambos lados de una plataforma en el presente caso no permitiría capturar convenientemente las dinámicas competitivas en liza.

Cabe destacar que la resolución también se apoya, a la hora de llegar a dicha definición de mercado, en que otras autoridades de competencia de la UE que han analizado prácticas comerciales de OTAs con los hoteles (de Alemania, Francia y Suecia), definieron el mismo mercado de producto que en el presente caso (párrafos 126 a 134).

³ Concretamente, la CNMC 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 existente en España: un destino urbano (para lo cual se eligió Madrid) y un destino de costa (en este caso, la isla de Mallorca).

Por lo que se refiere a la dimensión geográfica del mercado de servicios de intermediación de reservas en línea prestado a hoteles por OTAs, la resolución también se detiene, de forma detallada, en los motivos que permiten sostener su ámbito nacional (epígrafe 4.2.1.2).

Con carácter adicional, la resolución considera que existe un mercado relativo a la venta minorista en línea de reservas de alojamiento hotelero en España (epígrafe 4.2.2). No obstante, la resolución señala que la delimitación precisa del mercado de venta minorista en línea de reservas de tipo hotelero a través de OTAs no afecta el análisis llevado a cabo en el expediente, en la medida en que el mismo se centra en prácticas comerciales de Booking.com con los hoteles (es decir, llevadas a cabo en el mercado de servicios de intermediación de reservas en línea prestado por las OTAs a los hoteles).

3. Hechos considerados acreditados por la resolución

Para una correcta comprensión de las conductas sancionadas resulta preciso ofrecer un resumen de los hechos que la resolución considera acreditados de cara a la valoración jurídica de la existencia de infracciones de la LDC (epígrafe 5):

1. hecho acreditado 1: los hoteles situados en España no pueden negociar los contratos que suscriben con Booking.com (en particular, no pueden negociar las llamadas Condiciones Generales de Entrega -o GDT, por sus siglas en inglés: *General Delivery Terms*-). Solo cabría exceptuar de ello un número reducido de cadenas hoteleras.
2. hecho acreditado 2: dentro de la versión de las GDT aplicable a los hoteles situados en España, Booking.com establece una cláusula de “*paridad de precios y condiciones*” conforme a la cual los hoteles firmantes no pueden fijar un precio más barato de sus habitaciones en su canal directo *online* que en el sitio web de Booking.com (paridad conocida como de naturaleza ‘estrecha’);
3. hecho acreditado 3: de acuerdo con las GDT aplicables a los hoteles situados en España, Booking.com tiene la posibilidad de rebajar unilateralmente, en su sitio web, el precio de venta final de un hotel situado en España, lo cual Booking.com lleva a cabo través del programa conocido como ‘*Booking Sponsored Benefits*’ (BSB);
4. hecho acreditado 4: la versión vinculante de las GDT para los hoteles situados en España es aquella en lengua inglesa;
5. hecho acreditado 5: la versión de las GDT aplicable a los hoteles situados en España se rige exclusivamente por la legislación neerlandesa y, en caso de conflicto entre las partes acerca de las GDT, los tribunales competentes son aquellos situados en Ámsterdam;
6. hecho acreditado 6: Booking.com muestra la clasificación de resultados de hoteles, tras una consulta introducida por un usuario, con arreglo a distintas formas:
 - la primera clasificación que muestra Booking.com tras una consulta se conoce como predeterminada o por defecto, y se rige por criterios decididos unilateralmente por Booking.com,

- tras mostrar Booking.com su clasificación predeterminada de resultados, el usuario tiene la posibilidad de
 - o bien aplicar filtros a los resultados de la clasificación, para reducir el número de resultados mostrados en la clasificación predeterminada, por ejemplo, conforme a un determinado presupuesto, tipo de alojamiento o precio de la habitación;
 - o bien de emplear métodos alternativos de clasificación, que ordenan los resultados ofrecidos por la clasificación predeterminada con arreglo a otros criterios (por ejemplo, precio creciente...).
7. hecho acreditado 7: los principales criterios que emplea [Booking.com](https://www.booking.com) para ofrecer su clasificación predeterminada de hoteles son
- la tasa de clics desde la página de búsqueda a la página del hotel (*click-through rate*);
 - la tasa de conversión del hotel en Booking.com (i.e., el número de reservas en relación con el número de visitas a la página del hotel en Booking.com);
 - las reservas brutas (incluidas las cancelaciones) y netas (sin incluir las cancelaciones) del hotel.
8. hechos acreditados 8 y 9: una posición más alta del hotel en la clasificación de resultados de Booking.com redundo, de forma relevante, en que el hotel obtenga un mayor número de visitas y reservas que un hotel con peor posición en la clasificación de resultados, de acuerdo con evidencia recogida en la resolución como, por ejemplo, las siguientes declaraciones de unos ingenieros informáticos de Booking.com en una publicación académica:
- “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”.*
9. hechos acreditados 10 a 13: existen distintos programas/herramientas que los hoteles pueden contratar con Booking.com de modo a mejorar su posición en la clasificación predeterminada de resultados de hoteles que ofrece Booking.com en su sitio web:
- el programa Preferente en virtud del cual aquellos hoteles que cumplan unos requisitos determinados fijados por Booking.com, y suscriban el programa, ven mejorada su posición en la clasificación predeterminada de resultados a cambio de pagar a Booking.com una comisión adicional a la estándar por reserva intermediada;
 - el programa Preferente Plus, que es simplemente una versión reforzada del programa Preferente, en la medida en que los requisitos para poder acceder a él (y permanecer en él) son más exigentes, ofreciendo una mayor mejora de posición en la clasificación predeterminada de resultados que bajo el programa Preferente, pero también a cambio de una comisión más alta para Booking.com que bajo el programa Preferente;
 - la herramienta ‘Visibilidad Extra’ permite al hotel, a cambio del pago de una comisión más alta a Booking.com que la estándar (comisión que puede elegir el hotel), mejorar

proporcionalmente a dicha comisión suplementaria su posición en la clasificación pre-determinada de resultados en el sitio web de Booking.com;

- el programa Genius permite también al hotel mejorar su posición en la clasificación pre-determinada de resultados de Booking.com a cambio de 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.

4. La posición dominante de Booking.com

Una vez fijados los hechos acreditados, la resolución se detiene en analizar la existencia de una posición dominante de Booking.com en el mercado relevante previamente definido, relativo a la prestación de servicios de intermediación online de reservas a hoteles en España (epígrafe 6.5.2.1.1), llegando a la conclusión que esta posición se desprende de forma clara tanto de la cuota de mercado de Booking.com, como de las barreras a la entrada y expansión existentes en el mismo, para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2019 y la fecha de la resolución.

Por lo que se refiere a la cuota de Booking.com en dicho mercado, esta osciló entre el 70% y el 90%, tanto en ingresos (importe de las comisiones por intermediación de reservas), como en valor de las reservas intermediadas y número de reservas intermediadas, de acuerdo con las tablas 6, 7 y 8 de la resolución.

Asimismo, la resolución desgrana la existencia de barreras a la entrada y expansión muy elevadas derivadas de (i) los significativos efectos de red indirectos presentes en el mercado, (ii) el relevante papel que juegan los datos generados en la plataforma (y su interacción con los anteriormente mencionados efectos de red) y (iii) los cuantiosos costes fijos en materia de marketing en los que es necesario incurrir de modo a operar en el mercado (párrafos 477 y siguientes).⁴

Por lo que respecta a la primera barrera señalada, al operar Booking.com una plataforma de dos lados, se producen los llamados 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.

Como observa la resolución (párrafo 442), 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)

⁴ Así, de acuerdo con la resolución (párrafo 478), Booking.com gastó en 2021 el 43% de sus ingresos (y Expedia el 60%) en este concepto. El gasto anual en marketing de Booking.com pasó 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).

para que dichos efectos puedan entrar en juego y que un operador pueda hacerse hueco en el mercado atrayendo hoteles y consumidores.

A juicio de la CNMC, al ser Booking.com la empresa con una mayor cuota de mercado, se trata del operador 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*, lo cual fue refrendado por la decisión de la CE en la concentración M.10615 *Booking Holdings/Etraveli Group* (párrafos 452 y 453).

Además, la resolución constata la existencia de economías de escala en el mercado⁵ (párrafo 466), fruto de los elevados costes fijos necesarios para operar en el mismo y el tamaño reducido de los costes variables.

De acuerdo con la resolución (párrafo 468 y siguientes), la relevancia de los efectos de red en el mercado se ve magnificada, a su vez, por el papel que juegan los datos en el mismo: los datos recopilados por las plataformas sobre la actividad de hoteles y usuarios finales les permiten ofrecer mejores servicios tanto a unos como a otros, aumentando su atractivo comercial como plataforma, dinámica que beneficia especialmente a aquellas plataformas con una mayor cuota de mercado, al poder recopilar más datos.

Por lo que se refiere a los elevados costes fijos en marketing presentes en el mercado, la resolución observa, en su párrafo 482, que una empresa líder en reconocimiento en el mercado, como es el caso de Booking.com, tiene necesidad de invertir relativamente menos en flujo anual de publicidad, para mantener su nivel de reconocimiento, que lo que tiene que invertir una empresa con un menor nivel de reconocimiento con el fin de alcanzar el nivel de reconocimiento de una empresa líder como Booking.com. Asimismo, siguiendo a la resolución, Booking.com, como líder del mercado, tiene mayores recursos que sus competidores, con lo que puede invertir más en términos absolutos e impactar más en la visibilidad con un menor coste en términos relativos que operadores con un tamaño inferior.

Por último, en su análisis de la posición de dominio de Booking.com, la resolución también constata la ausencia de poder compensador por parte de la demanda (epígrafe 6.5.2.1.1.3).

5. Abusos de posición dominante por parte de Booking.com

Como se indicó en la introducción, la resolución considera acreditada la comisión por parte de Booking.com de dos infracciones por abuso de posición dominante, tanto del artículo 2 de la LDC, como del artículo 102 del TFUE. A continuación, se abordan separadamente cada una de estas infracciones, una por abuso de carácter explotativo y otra por abuso de carácter exclusionario, ambas amparadas en la posición dominante de Booking.com en el mercado relativo a la prestación de servicios de intermediación online de reservas a hoteles en España durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2019 y la fecha de la resolución, posición dominante que hemos tenido oportunidad de analizar previamente.

⁵ Las economías de escala se definen como un coste medio decreciente con el nivel de producción.

Infracción por abuso explotativo

En primer lugar, la resolución considera (epígrafe 6.5.2.1.2.2.1) que Booking.com incurrió en una infracción única y continuada del artículo 2 de la LDC, así como del artículo 102 del TFUE, desde al menos el 1 de enero de 2019 hasta la fecha de la resolución, como resultado de la comisión de las tres conductas anticompetitivas siguientes que suponen la imposición de condiciones comerciales no equitativas (abusos explotativos):

1. la simultánea aplicación de la cláusula de paridad de precios estrecha y del programa BSB, por el cual, como hemos visto, Booking.com se reserva la posibilidad de rebajar unilateralmente el precio que ofrece el hotel en el sitio web de Booking.com;
2. la versión en inglés de las GDT como vinculante; el derecho de los Países Bajos como aplicable a las GDT; y el fuero de los tribunales competentes de Ámsterdam en caso de disputa entre las partes en relación con las GDT;
3. una falta de transparencia en la información que ofrece Booking.com a los hoteles sobre el impacto que tiene la suscripción de los programas Preferente, Preferente Plus y Genius en el número adicional de visitas y de reservas que los hoteles tienen en el sitio web de Booking.com.

Cabe destacar que el carácter explotativo de estas conductas abusivas se deriva de que las mismas afectan directamente a los clientes (en este caso, los hoteles) y no se producen, por tanto, sobre los competidores (como ocurriría bajo una conducta abusiva de carácter exclusionario).

Para analizar el carácter abusivo de cada una de las prácticas señaladas, la resolución sigue un test en tres pasos que valora si se reúnen los siguientes requisitos, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria en casos de abuso explotativo (párrafo 526):

- tratarse de condiciones impuestas por un operador dominante a sus socios comerciales;
- resultar desfavorables a los intereses del socio comercial o de terceros; y
- no ser necesarias para alcanzar un objetivo legítimo o no proporcionadas en tanto van más allá de lo estrictamente necesario.

Por lo que se refiere a la primera conducta explotativa (la imposición simultánea a los hoteles de la cláusula de paridad de precios estrecha y del programa BSB) (epígrafe 6.5.2.1.2.2.1.1), la resolución recuerda que la justificación aducida por Booking.com para imponer la paridad de precios estrecha reside en evitar el parasitismo del hotel: en ausencia de dicha paridad, el hotel podría fijar un precio más bajo de las habitaciones en su sitio web que en Booking.com, desviando así la contratación de la habitación hacia su sitio web una vez el usuario final ha conocido la oferta del hotel a través de Booking.com. Partiendo de esta justificación, la resolución considera desproporcionada la imposición simultánea de paridad estrecha y el programa BSB (párrafos 567 y 580) dado que

- a raíz de la paridad estrecha, el hotel no puede competir en precio con Booking.com a nivel minorista con su canal directo,

- mientras que, en virtud del programa BSB, Booking.com sí puede competir con el canal directo del hotel que emplea sus servicios de intermediación, dejando así vacía de contenido la justificación de Booking.com para imponer la paridad estrecha.

Por lo que respecta a la segunda conducta explotativa considerada (epígrafe 6.5.2.1.2.2.1.2), la resolución estima que dichos términos (versión inglesa como vinculante, Derecho aplicable de los Países Bajos y fuero de los tribunales de Ámsterdam) suponen una ventaja injustificada y no necesaria en favor de Booking.com, que tiene un efecto disuasorio a la hora de que los hoteles hagan valer sus derechos, como resultado de los costes en que deben incurrir para ello (párrafos 585 y 617). La resolución pone en relación estas condiciones con el trato que Booking.com dispensa comercialmente a los hoteles situados en España, pues Booking.com les atiende en castellano con equipos comerciales también situados en España (párrafos 586 y 608). La resolución subraya que el impacto de estas condiciones se acrecienta si se tiene en cuenta que la gran mayoría de los hoteles situados en España que emplean los servicios de Booking.com son independientes (i.e., pymes) (párrafo 587).

Por último, en lo que se refiere a la tercera conducta abusiva de carácter explotativo (epígrafe 6.5.2.1.2.2.1.3), ésta se deriva de que Booking.com sólo ofrezca una estimación agregada/genérica (no individualizada) del impacto que va a tener o han tenido los programas Preferente, Preferente Plus y Genius para el hotel en términos de visitas o reservas adicionales. Sin embargo, la resolución señala distintos elementos que, a juicio de la CNMC, permiten concluir que Booking.com se encuentra en condiciones de ofrecer a los hoteles una estimación individualizada del impacto de dichos programas (párrafo 632):

- así, en el marco de la herramienta “Visibilidad Extra”, Booking.com ha ofrecido a los hoteles, con carácter previo a su suscripción, una estimación del número de visitas y reservas que un hotel va a obtener con su empleo;
- desde marzo de 2023 (esto es, una vez incoado el expediente), Booking.com pasó a ofrecer una estimación individualizada del impacto que tiene el Programa Preferente al hotel en términos de reservas adicionales (si bien ello no se ha hecho extensible a los programas Preferente Plus y Genius);
- Booking.com, como empresa netamente digital, atesora un elevado volumen de datos que emplea, entre otros fines, para estimar el número de reservas que va a tener un hotel, en el marco de las estimaciones que realiza sobre la tasa de conversión futura que tiene un hotel.⁶

Además, la resolución pone en relación esta falta de transparencia sobre el desempeño que han supuesto estos programas para los hoteles, con la importancia que tienen estos programas para los hoteles, dada la mejora de posicionamiento en la clasificación predeterminada que entrañan y su suscripción extendida entre los hoteles (párrafo 628).

⁶ Como se ha señalado en el hecho acreditado número 7, Booking.com emplea primordialmente esta tasa de conversión como criterio para posicionar a los hoteles en su clasificación predeterminada de resultados.

Infracción por abuso exclusionario

En segundo lugar, la resolución considera (epígrafe 6.5.2.1.2.2.2) que Booking.com incurrió en una infracción única y continuada del artículo 2 de la LDC, así como del artículo 102 del TFUE, desde al menos el 1 de enero de 2019 hasta la fecha de la resolución, como resultado de la comisión de las dos conductas anticompetitivas siguientes (abusos exclusionarios):

1. el empleo de las reservas que un hotel ha tenido en el sitio web de Booking.com como criterio de ordenación de los hoteles en la clasificación predeterminada de resultados; y
2. el empleo de la rentabilidad que un hotel ha supuesto para Booking.com (o rendimiento, en la terminología empleada por Booking.com) como criterio para que dicho hotel pueda acceder y permanecer en los programas Preferente y Preferente Plus de Booking.com.

De acuerdo con la resolución, el carácter exclusionario de ambas conductas abusivas se deriva de que las mismas excluyen a los competidores de Booking.com (OTAs con inventario hotelero propio) del mercado, puesto que inducen 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, los hoteles se exponen a acabar relegados en la clasificación predeterminada de resultados de Booking.com y perder reservas en esta plataforma (párrafo 677), que, como se ha visto, es con gran diferencia la principal fuente de reservas para los hoteles en este mercado.

En este sentido, resulta muy ilustrativa una cita, recogida en la resolución (párrafo 736), del Estudio de Mercado sobre las prácticas de distribución hotelera en la UE realizado por la Comisión Europea, estudio que engloba a hoteles situados en España y el periodo cubierto por la resolución:

“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” (página 59 del dicho estudio).

Para analizar el carácter abusivo de las dos conductas señaladas, la resolución sigue un test en tres pasos que valora si se reúnen los siguientes requisitos, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria en casos de abuso exclusionario (párrafo 677):

- tratarse de competencia no basada en los méritos,
- tener aptitud para restringir la competencia, y
- ausencia de justificación objetiva.

En relación con la primera conducta que la resolución considera abusiva de carácter exclusionario (epígrafe 6.5.2.1.2.2.2.1), ésta atañe el empleo de las reservas que un hotel ha tenido en el sitio web de Booking.com como criterio de ordenación de los hoteles en la clasificación predeterminada de resultados, criterio que, como se ha visto en el hecho acreditado 7, constituye uno de los principales que emplea Booking.com en su clasificación predeterminada de resultados. En su análisis, la resolución recuerda la importancia que tiene la clasificación

predeterminada de resultados para los hoteles, en términos de atracción de visitas y reservas dentro de Booking.com, tal y como atestiguan los hechos acreditados 8 y 9. Partiendo de este hecho, la resolución considera que un hotel tratará de mejorar su posicionamiento en la clasificación predeterminada de resultados influyendo en los criterios principales que determinan su posición en la clasificación predeterminada. En el caso del criterio de posicionamiento basado en las reservas que ha tenido el hotel en Booking.com, la resolución señala (párrafos 683 y 684) que un hotel tiene las siguientes vías para aumentar sus ventas/reservas en el sitio web de Booking.com (y así mejorar su posición en la clasificación predeterminada de resultados):

- a través del precio de sus habitaciones en el sitio Booking.com, no fijando un precio más barato de las mismas en las OTAs competidoras que en Booking.com, y
- a través de la disponibilidad/cantidad de habitaciones ofrecida en el sitio web de Booking.com, no teniendo una mayor disponibilidad de habitaciones en las OTAs competidoras que en Booking.com.

Con carácter adicional, la resolución subraya que el empleo, en la clasificación predeterminada de resultados, del criterio basado en reservas no constituye competencia basada en los méritos porque no se traduce en ofrecer una mejor comisión o servicio a los hoteles.

En cuanto a la segunda conducta que la resolución considera abusiva de carácter excluyente (epígrafe 6.5.2.1.2.2.2.2), ésta se refiere al empleo de la rentabilidad que un hotel ha supuesto para Booking.com, como criterio para que dicho hotel pueda acceder y permanecer en los programas Preferente y Preferente Plus de Booking.com. Basándose en los hechos acreditados 10 y 11, la resolución recuerda (párrafos 752 y 753) que:

- ambos programas permiten a los hoteles participantes influir en su posición dentro de los resultados de la clasificación predeterminada a cambio del pago a Booking.com de una comisión superior a la estándar;
- se trata de programas muy relevantes en términos de ingresos para Booking.com, como queda recogido en la tabla 15 de la resolución.

Partiendo de estas premisas, la resolución sostiene que el empleo de la rentabilidad como criterio de acceso y permanencia en dichos programas conlleva las mismas consecuencias anticompetitivas que la conducta abusiva previamente analizada: de modo a ser más rentable para Booking.com, el hotel debe tener más ventas/reservas en esta plataforma, lo cual se obtiene principalmente a través del precio y disponibilidad de las habitaciones que el hotel establece en Booking.com en relación con otras OTAs competidoras, lo cual desvía las ventas/reservas de los hoteles hacia Booking.com en detrimento de sus OTAs competidoras, tal y como se ha expuesto anteriormente (párrafos 731 y 732).

Como apoyo de estos efectos anticompetitivos, la resolución cita la experiencia de hoteles españoles consultados en el marco del test del monopolista hipotético: así, distintos hoteles en cada uno de los segmentos a los que se dirigió la CNMC (hoteles independientes, cadenas hoteleras nacionales y cadenas hoteleras internacionales) indicaron que, para poder satisfacer el criterio de rentabilidad/rendimiento del Programa Preferente, redujeron o recomen-

daron reducir la diferencia de precios entre Booking.com y otras OTAs, observándose una mayor proporción de afectación en el segmento de hoteles independientes, segmento que es aquél que cuenta con un mayor número de hoteles en nuestro país (párrafos 740 a 748 de la resolución).⁷

Acerca de la posible existencia de una sola infracción única y continuada en el expediente

Por último, por lo que respecta a la calificación jurídica de las conductas anticompetitivas anteriormente desgranadas, merece mención separada en la resolución la alegación sostenida por Booking.com según la cual se le debería haber sancionado, en todo caso, por una sola infracción única y continuada, que englobaría los citados abusos explotativo y exclusionario (párrafo 806).

La resolución rechaza esta pretensión de Booking.com (párrafos 807 a 810) basándose, de modo resumido, en que dichos abusos explotativo y exclusionario tienen distinta naturaleza y afectan a grupos de empresas diferentes. Así, la distinta naturaleza de ambos abusos se desprende de que cada tipo de abuso tiene una dinámica distinta, por mucho que se produzca una coincidencia temporal entre ambos tipos de abusos, ya que uno (el abuso explotativo) se comete directamente sobre los hoteles, mientras que el otro (el abuso exclusionario) va dirigido a mermar la capacidad de las OTAs competidoras de Booking.com a la hora de atraer hoteles.

6. Sanción

Como se señaló en la introducción, la resolución sanciona a Booking.com, por cada infracción de abuso reseñada, con sendas multas de 206.620.000 de euros (por lo que el total de la sanción recibida asciende a 413,24 millones de euros), le impone una serie de obligaciones de comportamiento en el mercado y declara la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas para Booking.com, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 71.1.b) de la LCSP.

Cabe destacar que, como se indica en el párrafo 857 de la resolución, durante el periodo de comisión de las infracciones, entró en vigor una 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). Por ello, en el cálculo de la multa (epígrafe 6.5.2.1.4 de la resolución), la CNMC tiene en cuenta dicha circunstancia:

- durante el periodo comprendido desde al menos el 1 de enero de 2019 hasta el 28 de abril de 2021, la CNMC considera la existencia de dos infracciones graves (de acuerdo con el artículo 62.3.b de la LDC previo a la reforma operada por 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

⁷ Concretamente, de acuerdo con la resolución (párrafo 748), señalaron haber reducido o recomendado reducir la diferencia de precios entre Booking.com y otras OTAs (i) dos hoteles independientes de los cinco que respondieron a la pregunta, (ii) una cadena hotelera nacional de las cuatro que respondieron a la pregunta y (iii) una cadena hotelera internacional de las tres que respondieron a la consulta.

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).

Por lo que se refiere a las obligaciones de comportamiento en el mercado impuestas a Booking.com, estas se corresponden directamente con las cinco conductas abusivas identificadas en la resolución (como se ha visto, tres conductas de carácter explotativo y otras dos de carácter exclusionario), con el fin declarado en la propia resolución de que *"las conductas que dieron lugar a las infracciones, u otras que puedan producir un efecto equivalente, no prosigan en el futuro"* (párrafo 905).⁸

Por último, en relación con la declaración de la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas, cabe recordar que esta es una consecuencia que se desprende directamente del artículo 71.1.b) de la LCSP en el caso de sujetos sancionados por infracciones a la normativa de competencia. Como viene siendo constante hasta la fecha, la resolución de la CNMC no fija la duración y alcance de dicha prohibición. En su lugar, señala que tales extremos deberán determinarse mediante el procedimiento tramitado de acuerdo con el artículo 72.2 de la LCSP, por lo que acuerda remitir una certificación de la resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

7. Conclusión

Como se señalado en la introducción, la resolución de la CNMC resulta pionera en la medida en que sanciona prácticas comerciales por parte de una plataforma digital que no lo habían sido hasta la fecha por parte de ninguna autoridad de competencia en el mundo. Además, las multas impuestas por la CNMC han sido las más abultadas en su historia.⁹ Queda por ver, no obstante, si los tribunales españoles respaldan la consideración como abusivas de las prácticas señaladas. Mientras se dilucida ante la Audiencia Nacional el recurso presentado por Booking.com contra la resolución, cabe señalar que el caso español ha servido de inspiración para

⁸ Cabe señalar que poco antes de que se adoptase la resolución, el 1 de julio de 2024, Booking.com modificó sus contratos con los hoteles situados en España, de modo que dio cumplimiento a dos de las obligaciones de comportamiento de carácter sustantivo que luego vendrían recogidas en la resolución:

- en primer lugar, Booking.com suprimió la paridad estrecha de precios de sus contratos, por lo que daba cumplimiento a la primera obligación que luego vendría recogida en la resolución (relativa a la supresión en su política comercial de, bien la paridad estrecha de precios, o bien la posibilidad que tiene Booking.com de rebajar unilateralmente el precio que fija el hotel de sus habitaciones en Booking.com);
- en segundo lugar, Booking.com pasó a someter las GDT a la jurisdicción de los tribunales españoles, a regir las GDT bajo la legislación española, y a considerar como vinculante la versión española de las GDTs, dando así cumplimiento a la segunda obligación que luego vendría recogida en la resolución.

⁹ La multa total en este expediente más que dobla la anterior más alta, de 203,6 millones de euros, recaída en el expediente S/0021/20 OBRA CIVIL 2.

la apertura de una investigación formal por parte de la autoridad italiana de la competencia, que analiza distintas prácticas comerciales de Booking.com como potencialmente abusivas de carácter exclusionario.¹⁰

Asimismo, del análisis del texto de la resolución de la CNMC, cabe realizar dos consideraciones sobre su posible impacto en la actividad de las plataformas digitales dominantes.

En primer lugar, la resolución pone de manifiesto que la figura de los abusos de posición dominante de carácter explotativo está llamada a jugar un papel más destacado en la lucha contra las prácticas comerciales anticompetitivas de dichas plataformas. En este sentido, la resolución analizada muestra que las autoridades de competencia tienen margen para analizar los términos contractuales a los que se tienen que adherir los usuarios profesionales de las plataformas digitales dominantes para poder emplear sus servicios. Este es el camino también seguido por la CNMC en su expediente incoado contra Apple (expediente S/0005/24) por la imposición de posibles condiciones comerciales inequitativas a los desarrolladores que utilizan las tiendas de aplicaciones del grupo Apple (Apple App Store) para distribuir aplicaciones a los usuarios de productos de dicha empresa. Cabe señalar que, a diferencia de los consumidores finales, que gozan de la protección otorgada por la legislación de protección del consumidor, las empresas usuarias de los servicios provistos por estas plataformas, a menudo pymes, no gozan de dicha protección a la hora de luchar contra los desequilibrios que puedan establecer las plataformas dominantes a su favor en dicha relación comercial.

En segundo lugar, la resolución de la CNMC muestra cómo las plataformas digitales pueden utilizar los criterios de posicionamiento de resultados en su clasificación predeterminada, que, al fin y al cabo, es la puerta principal del usuario para la contratación del servicio intermediado, como vía para condicionar la política comercial de los usuarios profesionales y así poder excluir a competidores del mercado. Por tanto, cabe vaticinar que la forma en cómo las plataformas digitales clasifican los resultados va a suponer un área de escrutinio creciente por parte de las autoridades de competencia en la medida en que supongan una exclusión de sus competidores del mercado.

Finalmente, con independencia del efecto disuasorio que pueda tener la resolución en otras plataformas digitales, cabe pronosticar que la resolución tendrá un impacto directo en la forma en que Booking.com diseña su relación comercial con los hoteles. Así, con las obligaciones de comportamiento impuestas a Booking.com por la resolución, la CNMC parece buscar que los hoteles situados en España, así como las OTAs competidoras de Booking.com, se beneficien de unas condiciones comerciales y un funcionamiento de la plataforma más ajustados a la libre competencia, lo cual redundaría, en último término, en beneficio de los consumidores finales en términos de mejores precios y calidad del servicio.

¹⁰ Véase la nota a pie de página nº 6 del acuerdo por el que se inicia la investigación formal de la autoridad de competencia italiana, disponible en <https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A558%20avvio.pdf>