

COMPETENCIA

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA ESTABLECE QUE LAS CLÁUSULAS DE PARIDAD DE PRECIOS APLICADAS POR *BOOKING* NO SON “RESTRICCIONES ACCESORIAS”

Fecha de recepción: 26 marzo 2025. | Fecha de aceptación y versión final: 1 abril 2025.

Mariarosaria Ganino
MLAB Abogados, S.L.P.

RESUMEN

El artículo analiza la sentencia de 19 de septiembre de 2024 en el asunto *Booking.com y Booking.com (Deutschland)*, en la que del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se ha pronunciado por primera vez sobre la compatibilidad con el artículo 101.1 TFUE de las llamadas “cláusulas de paridad de precio” aplicadas por las plataformas de reservas hoteleras. El artículo analiza el alcance y las consecuencias de este importante pronunciamiento del TJUE, que establece que las cláusulas de paridad no pueden eludir la aplicación del artículo 101.1 TFUE por ser “restricciones accesorias” y aclara cómo el tribunal nacional que remitió las cuestiones prejudiciales tiene que tener en cuenta la definición de mercado establecida por las autoridades de competencia de otro Estado miembro.

PALABRAS CLAVE

Servicios de intermediación en línea prestados por plataformas de reserva de hoteles; cláusulas de paridad de precios; restricciones accesorias; definición del mercado relevante.

KEYWORDS

Intermediation services provided by hotel reservation platforms; price parity clauses; ancillary restraints; relevant market definition.

ABSTRACT

The article analyses the judgment of 19 September 2024 in the *Booking.com* and *Booking.com (Deutschland)* case, in which the Court of Justice of the European Union (CJEU) has ruled for the first time on the compatibility with Article 101(1) TFEU of so-called “*price parity clauses*” applied by hotel reservation platforms. The article analyses the scope and consequences of this important ruling of the CJEU, which establishes that parity clauses cannot escape the application of Article 101(1) TFEU as “*ancillary restraints*” and clarifies how the national court that referred the questions for a preliminary ruling has to take into account the market definition established by the competition authority of another Member State.

En su sentencia *Booking*¹, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha establecido que las llamadas “*cláusulas de paridad de precios*” aplicadas por plataformas de reserva de hoteles como Booking no pueden eludir la aplicación el artículo 101.1 TFUE, que prohíbe los acuerdos restrictivos de la competencia, en tanto que “*restricciones accesorias*”, resolviendo así una cuestión que había animado un intenso debate sobre la compatibilidad de estas cláusulas con el Derecho de la competencia en los últimos 15 años.

Este debate, que empezó a raíz de múltiples procedimientos iniciados contra Booking y otras plataformas por las autoridades nacionales de defensa de la competencia en varios Estados miembros de la UE, se ha trasladado más recientemente al campo de la aplicación privada de las normas de competencia, donde los hoteles han empezado a reclamar la indemnización de los daños sufridos por la aplicación de dichas cláusulas ante los tribunales.

Una vez que Booking ya ha eliminado las cláusulas de paridad de sus contratos con los hoteles después de ser designado como *gatekeeper* con arreglo al Reglamento de Mercados Digitales², es precisamente en estos procedimientos de reclamación de daños donde la sentencia *Booking*, vinculante para los tribunales nacionales, tendrá sin duda su máxima relevancia.

¹ Sentencia del TJUE de 19 de septiembre de 2024, *Booking.com* y *Booking.com (Deutschland)*, C-264/23, ECLI:EU:C:2024:764.

² 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 (DO L 265 de 12.10.2022, p. 1).

Tras repasar los antecedentes de la sentencia *Booking*, este artículo analiza el alcance y las consecuencias de este importante pronunciamiento del Tribunal de Justicia.

1. LOS ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA BOOKING: EL DEBATE SOBRE LAS CLÁUSULAS DE PARIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS NACIONALES

Desde su entrada en el mercado alemán en 2006, Booking, al igual que otras plataformas de reserva en línea de habitaciones hoteleras (también conocidas como *online travel agencies*, OTAs, por sus siglas en inglés), incluía en sus contratos con los hoteles unas cláusulas que impedían a estos ofrecer sus habitaciones a un precio inferior al ofertado en Booking en los canales de venta directos del hotel y en cualquier otro canal, incluyendo las OTAs competidoras (las llamadas “*cláusulas de paridad amplia*”). En 2015, en el marco de sendos procedimientos abiertos por las autoridades de defensa de la competencia francesa, italiana y sueca, Booking se comprometió a remplazar estas cláusulas por las llamadas “*cláusulas de paridad restringida*”, que impedían a los hoteles ofrecer sus habitaciones a precios inferiores únicamente en sus canales de venta directos, pero, a diferencia de las cláusulas amplias, les permitían ofrecer precios inferiores en otras OTAs.

La compatibilidad de estas cláusulas con el Derecho de la competencia suscitó un intenso debate entre autoridades de defensa de la competencia y tribunales nacionales, e incluso motivó la intervención del legislador que llegó a prohibirlas en varios países como Bélgica, Francia, Italia y Austria³.

La principal preocupación de las autoridades de la competencia era que las cláusulas de paridad amplia pudieran restringir la competencia entre OTAs, al desincentivar la competencia entre ellas mediante la reducción de sus comisiones para intentar atraer hoteles a sus respectivas plataformas, así como obstaculizar la entrada de nuevas OTAs en el mercado. En efecto, una OTA no tendría incentivos para reducir su comisión para conseguir que un hotel ofrezca un precio más barato en su plataforma cuando, como consecuencia de las cláusulas de paridad, el hotel tendría que ofrecer ese mismo precio también en las demás plataformas. Por análogas razones, un nuevo entrante no conseguiría atraer hoteles mediante la aplicación de menores comisiones a cambio de la aplicación por el hotel de un precio más barato en su plataforma.

Asimismo, las cláusulas de paridad restringida limitarían la competencia entre la OTA y los canales de venta directos de los hoteles. Además, incluso en ausencia de una prohibición de ofrecer precios más baratos en otras OTAs, las cláusulas de paridad restringida podrían llevar a los hoteles a aplicar el mismo precio en todas las OTAs. En efecto, un hotel no tendría incentivos a reducir el precio ofertado en una determinada OTA si, para cumplir

³ Véase Helmut Brokelmann y Antonio Vázquez Cardeñoso, “*Plataformas de reserva online de hoteles y Derecho de la competencia*”, en Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia – Anuario 2016, Thomson Reuters.

con la cláusula de paridad restringida impuesta por otra OTA, tuviera que mantener en su propio sitio web el precio más alto ofertado en esta otra OTA.

Las OTAs, en cambio, defendían que las cláusulas de paridad eran necesarias para evitar el parasitismo (*free riding*). Según las OTAs, si el cliente final utiliza la plataforma de la OTA para buscar y comparar las ofertas de los hoteles, pero luego realiza la reserva en otro canal (de otra OTA o del propio hotel), la OTA, que solo cobra una comisión al hotel en el caso de que el cliente final realice la reserva en su plataforma, al no poder cobrar dicha comisión, no podría recuperar sus inversiones en el desarrollo, puesta a disposición y mejora de la calidad de la plataforma. En particular, las cláusulas de paridad restringida serían necesarias para evitar que los hoteles puedan aprovecharse de la plataforma para llegar al cliente final y luego eludir el pago de la comisión ofreciendo un precio inferior en sus canales de venta directos. De esta forma, según las OTAs, los hoteles se estarían aprovechando indebidamente de las inversiones realizadas por la OTA para poner a disposición su plataforma en beneficio tanto de los hoteles como de los clientes finales que la utilizan de forma gratuita.

Partiendo de unas preocupaciones comunes, las autoridades de la competencia de distintos Estados miembros iniciaron una serie de investigaciones paralelas frente a las principales OTAs que, sin embargo, terminaron de forma distinta. Mientras que las autoridades francesa, italiana y sueca cerraron su investigación sobre las cláusulas de paridad de Booking con una decisión de compromisos –en virtud de la cual Booking se comprometió a sustituir las cláusulas de paridad amplia con cláusulas de paridad restringida– la autoridad alemana (*Bundeskartellamt*, BKA) adoptó sendas decisiones de infracción frente a HRS y Booking, por las que acabó estableciendo que tanto las cláusulas de paridad amplia como las cláusulas de paridad restringida infringen el artículo 101 TFUE.

Así, en 2013, en el asunto *HRS*, la BKA estableció que las cláusulas de paridad amplia infringían el artículo 101 TFUE⁴. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal Superior Regional de Düsseldorf⁵, cuya sentencia devino firme, al no ser recurrida por HRS.

La BKA también inició una investigación en relación con las cláusulas de paridad aplicadas por Booking y después de que esta remplazara las cláusulas de paridad amplia con las cláusulas de paridad restringida, estableció que estas últimas también infringían el artículo 101 TFUE⁶. Esta decisión de la BKA fue anulada por el Tribunal Superior Regional de Düsseldorf⁷, que estableció que las cláusulas de paridad restringida, a pesar de restringir la competencia, tenían que considerarse “*restricciones accesorias*” en la medida en que eran necesarias para evitar el parasitismo y, por tanto, no se les aplicaba el artículo 101.1 TFUE. Pero en 2021 la sentencia del Tribunal de Düsseldorf fue anulada por el Tribunal Supremo Federal de Alemania (Tribunal Supremo alemán)⁸, que estableció que las cláusulas

⁴ Decisión de la BKA, B 9 - 66/10, de 20 de diciembre de 2013.

⁵ Sentencia del Oberlandesgericht Düsseldorf, VI - Kart 1/14 (V), de 9 de enero de 2015 (ECLI:DE:OLGD:2015:0109.VI.KART1.14V.00).

⁶ Decisión de la BKA, B 9 - 121/13, de 22 de diciembre de 2015.

⁷ Sentencia del Oberlandesgericht Düsseldorf, Kart 2/16 (V), de 4 de junio de 2019 (ECLI:DE:OLGD:2019:0604.KART2.16V.00).

⁸ Sentencia del Bundesgerichtshof, KVR 54/20, de 18 de mayo de 2021 (ECLI:DE:BGH:2021:180521BKVR54.20.0).

las de paridad restringida no podían considerarse “*restricciones accesorias*”, sino que constituían restricciones de la competencia que no estaban amparadas por el entonces vigente Reglamento de exención por categoría sobre acuerdos verticales de 2010 (RECAV)⁹ y no se beneficiaban de una exención individual con arreglo al artículo 101.3 TFUE.

La sentencia de Tribunal Supremo alemán abrió la vía a reclamaciones de daños por parte de los hoteles alemanes¹⁰, que Booking intentó “*torpedear*”, interponiendo una acción declarativa negativa (también conocida como “*acción torpedo*”) ante el Tribunal de Primera Instancia de Ámsterdam (Tribunal de Ámsterdam), lugar de su domicilio social, en la que solicitaba que se declarara que las cláusulas de paridad no infringían el artículo 101 TFUE y que los hoteles no habían sufrido ningún perjuicio como consecuencia de la aplicación de dichas cláusulas. Los hoteles demandados, a su vez, reaccionaron interponiendo una demanda reconventional en la que solicitaban que se declarara que Booking había infringido el artículo 101 TFUE al imponerles dichas cláusulas y que se le condenara a indemnizar los daños y perjuicios derivados de dicha infracción.

En este procedimiento, Booking pretendió defender la legalidad de las cláusulas de paridad invocando, en primer lugar, la jurisprudencia sobre “*restricciones accesorias*”, según la cual si a una operación o actividad principal no se le aplica la prohibición del artículo 101.1 TFUE por tener un efecto neutro o positivo para la competencia, dicha norma tampoco resulta aplicable a una restricción de la autonomía comercial de las partes que resulta necesaria para implementar la operación o actividad principal y proporcionada a los objetivos de esta. En segundo lugar, Booking intentó defender una definición amplia del mercado relevante, alegando que este incluiría no solo los canales de distribución *online* de servicios hoteleros sino también los canales de distribución *offline*, de forma que su cuota de mercado quedaría diluida y sería inferior al 30%, lo que le habría permitido defender que las cláusulas de paridad quedaban amparadas por la exención otorgada por el RECAV de 2010.

Fue en este procedimiento que el Tribunal de Ámsterdam planteó dos cuestiones prejudiciales, por las que preguntaba al TJUE si las cláusulas de paridad tanto amplia como restringida pueden considerarse restricciones accesorias y cómo tenía que delimitarse el mercado relevante a efectos de la posible aplicación del RECAV.

2. LA RESPUESTA A LA PRIMERA CUESTIÓN PREJUDICIAL: LAS CLÁUSULAS DE PARIDAD NO SON “RESTRICCIONES ACCESORIAS”

La primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Ámsterdam ha proporcionado al TJUE la oportunidad de pronunciarse sobre la compatibilidad de las cláusulas de

⁹ Reglamento (UE) n.º 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DO L 102 de 23.4.2010, p. 1).

¹⁰ En 2020, una asociación que representa a más de 2.600 hoteles interpuso una demanda contra Booking ante el Landgericht Berlin (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Berlín).

paridad con el artículo 101 TFUE y establecer, de forma vinculante para las autoridades de la competencia y los tribunales nacionales de la Unión Europea, que estas cláusulas no pueden eludir la prohibición del artículo 101.1 TFUE como “*restricciones accesorias*”.

A esta conclusión ya había llegado el Tribunal Supremo alemán en su sentencia de 18 de mayo de 2021, pero Booking intentó sortear esta sentencia buscando un nuevo pronunciamiento de los tribunales holandeses y, a través de estos, del propio TJUE. Sin embargo, aunque consiguió llegar al TJUE, la respuesta que este ha dado a la cuestión planteada ciertamente no ha sido la esperada por Booking.

Es interesante señalar que en el procedimiento ante el TJUE los hoteles y el Gobierno alemán cuestionaron la admisibilidad de la cuestión prejudicial, alegando que no se trataba de una cuestión de interpretación, sino de aplicación del artículo 101 TFUE, que no corresponde al TJUE en el marco de un procedimiento prejudicial. Sin embargo, después de desestimar esta alegación y recordar que, si bien corresponde al tribunal nacional determinar la existencia de una restricción accesoria, el TJUE puede proporcionarle “*indicaciones*” que pueden “*guiarle*” en su apreciación, lo cierto que es el TJUE va más allá y establece expresamente en la parte dispositiva de su sentencia que “*El artículo 101 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que las cláusulas de paridad, tanto amplia como restringida, incluidas en los acuerdos celebrados entre las plataformas de reservas hoteleras en línea y los proveedores de servicios de alojamiento no están excluidas del ámbito de aplicación de esta disposición por ser accesorias a dichos acuerdos.*”

Para llegar a esta conclusión, el TJUE empieza recordando su jurisprudencia sobre el concepto de “*restricción accesoria*” y, en concreto, sobre los dos requisitos de necesidad y proporcionalidad que una restricción debe cumplir para que pueda considerarse accesoria a una operación o actividad principal neutra o favorable para la competencia y, por ello, no comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE. El requisito de necesidad implica que, sin la restricción en cuestión, sería imposible llevar a cabo la operación o actividad principal, no siendo suficiente que, en su ausencia, la realización de dicha operación o actividad sería más difícil o generaría menos beneficios. El requisito de proporcionalidad implica que no deben existir soluciones alternativas realistas que sean menos restrictivas de la competencia.

A continuación, el TJUE sienta un importante principio según el cual el análisis que debe realizarse para determinar si una restricción puede considerarse accesoria y, en particular, el análisis del requisito de necesidad, tiene “*un carácter relativamente general y abstracto que no exige una apreciación puramente fáctica*” y no permite una ponderación de los efectos favorables y contrarios a la competencia, que únicamente puede llevarse a cabo a efectos de determinar si una restricción cumple los requisitos para beneficiarse de una exención legal con arreglo al tercer apartado del artículo 101 TFUE (apdo. 58).

Lo cierto es que este carácter “*general y abstracto*” del análisis necesario a efectos de determinar si una restricción es accesoria y, por tanto, no comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE, permite al TJUE no solo diferenciar dicho análisis del análisis necesario para determinar si una restricción puede beneficiarse de una exención legal con arreglo al artículo 101.3 TFUE, sino también dar al tribunal nacional unas “*indi-*

caciones” muy concretas sobre la calificación de las cláusulas de paridad aplicadas por Booking.

En efecto, después de afirmar que en el presente caso la *“operación principal”* – a saber, la prestación de servicios de reservas hoteleras en línea por plataformas como Booking – tiene efectos neutros o incluso positivos para la competencia, el TJUE establece con toda claridad que las cláusulas de paridad, tanto amplia como restringida, no pueden considerarse accesorias, al no haberse acreditado que sean objetivamente necesarias para la realización de dicha operación principal y proporcionadas.

En concreto, el TJUE establece que las cláusulas de paridad amplia no cumplen el requisito de necesidad puesto que *“no existe ninguna relación intrínseca entre la continuidad de la actividad principal de la plataforma de reservas hoteleras y la imposición de tales cláusulas”* (apdo. 62) y que *“[l]o mismo sucede, en las circunstancias del litigio principal, con las cláusulas de paridad restringida”*, respecto de las cuales, además, señala que *“no parece que sean objetivamente necesarias para garantizar la viabilidad económica de la plataforma de reservas hoteleras”* (apdo. 63). Además, después de precisar que el examen del requisito de necesidad, aunque abstracto, puede basarse en un análisis contrafactual, el TJUE señala que la actividad de Booking no se ha visto comprometida a pesar de que las cláusulas de paridad en cuestión hayan sido prohibidas en varios Estados miembros de la UE (apdo. 74), lo que confirmaría que las cláusulas de paridad, amplia y restringida, no son indispensables para llevar a cabo dicha actividad.

Pero el TJUE va incluso más allá, puesto que no solo descarta que las cláusulas de paridad, amplia y restringida, puedan considerarse restricciones accesorias, sino que también establece que dichas cláusulas tienen efectos restrictivos de la competencia. En concreto, el TJUE establece que las cláusulas de paridad amplia *“producen de manera evidente efectos restrictivos sensibles”* (apdo. 62) y que también las cláusulas de paridad restringida tienen efectos restrictivos, aunque *“a primera vista, un efecto restrictivo de la competencia menor”* (apdo. 63).

Con estas *“indicaciones”* tan claras del TJUE no parece que al tribunal nacional que remitió la cuestión prejudicial le puedan quedar muchas dudas sobre la compatibilidad de las cláusulas de paridad, amplia y restringida, con el artículo 101.1 TFUE. Parece claro que estas cláusulas no solo están comprendidas en el ámbito de aplicación de esta norma, al no ser *“restricciones accesorias”*, sino que son contrarias a la misma, en la medida en que tienen efectos restrictivos de la competencia.

Por lo demás, el TJUE ha dejado claro que el hecho, *“suponiéndolo acreditado”*, de que las cláusulas de paridad tengan como finalidad luchar contra posibles fenómenos de parasitismo y sean indispensables para garantizar mejoras de eficacia o asegurar el éxito comercial de la actividad de Booking, únicamente podría tenerse en cuenta en el marco de un análisis con arreglo al artículo 101.3 TFUE para determinar si las cláusulas en cuestión pudieran beneficiarse de una exención legal en virtud de dicha norma.

3. LA RESPUESTA A LA SEGUNDA CUESTIÓN PREJUDICIAL: LA RELEVANCIA DE LAS RESOLUCIONES ALEMANAS PARA EL TRIBUNAL HOLANDÉS A LA HORA DE DEFINIR EL MERCADO RELEVANTE

La segunda cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Ámsterdam versaba sobre la definición del mercado relevante a efectos de la posible aplicación del Reglamento de exención sobre restricciones verticales de 2010.

Dicho Reglamento otorga una exención por categoría a los acuerdos verticales, declarando inaplicable el artículo 101.1 TFUE a los acuerdos verticales que cumplan dos condiciones cumulativas: (i) las cuotas de mercado del proveedor y del comprador de los bienes o servicios objeto del contrato no deben superar el 30%; y (ii) el acuerdo no tiene que incluir ninguna de las restricciones especialmente graves de la competencia enumeradas en el artículo 4 del Reglamento.

Dependiendo de la definición, más o menos amplia, del mercado relevante, la cuota de mercado de Booking podría ser mayor o menor, lo que, a su vez, podría ser relevante para la aplicación del Reglamento.

En este sentido, la BKA, cuya decisión fue confirmada por el Tribunal Supremo alemán, había definido el mercado relevante a efectos de la aplicación del RECAV como el mercado de prestación de servicios de intermediación en línea por parte de las plataformas a los hoteles. En este mercado, la cuota de Booking era claramente superior al 30%, por lo que el RECAV de 2010 no resultaba aplicable.

Sin embargo, en el procedimiento ante el Tribunal de Ámsterdam, Booking defendió una definición amplia del mercado relevante, alegando que tenía que incluir todos los canales de distribución de servicios hoteleros, tanto en *online* como *offline*, para poder, a continuación, alegar que en dicho mercado su cuota sería inferior al 30% y, por tanto, sería aplicable el antiguo RECAV.

De ahí que el Tribunal de Ámsterdam preguntara al TJUE sobre cómo debe delimitarse el mercado relevante a efectos de la aplicación del RECAV.

Desestimando nuevamente las alegaciones de los hoteles sobre la admisibilidad de esta segunda cuestión prejudicial, el TJUE la declaró admisible, pero dejando claro que al contestar se limitaría a proporcionar unas *“indicaciones sobre los elementos de interpretación que deben tenerse en cuenta para definir el mercado de referencia”*, puesto que la definición de dicho mercado requiere un análisis de los hechos que corresponde al tribunal nacional (apdo. 80). En este sentido, la respuesta del TJUE a la segunda cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Ámsterdam es, en gran medida, una reproducción de los criterios recogidos en la nueva Comunicación sobre definición de mercado adoptada

por la Comisión Europea en 2024¹¹ para la definición de mercado relevante en el caso de plataformas multilaterales, es decir, las plataformas que conectan dos grupos de usuarios distintos¹². Así, el TJUE menciona que, de acuerdo con dicha Comunicación, es posible definir un único mercado que abarque a los usuarios de dos lados de la plataforma o dos mercados independientes, aunque interrelacionados, para cada lado de la plataforma, dependiendo de las circunstancias que concurren en cada caso, señalando también los factores relevantes a tener en cuenta en el correspondiente análisis. Asimismo, el TJUE señala que el tribunal nacional deberá comprobar si existe sustituibilidad, tanto para los hoteles como para los clientes finales, entre los servicios de intermediación en línea y otros canales, con independencia de que tengan características distintas y no ofrezcan las mismas funcionalidades.

Pero el TJUE no se limita a remitirse a la Comunicación de la Comisión sobre definición de mercado. También añade que la definición de mercado establecida por las autoridades alemanas deberá ser tenida en cuenta por el Tribunal de Ámsterdam a la hora de definir el mercado relevante. En concreto, después de recordar que al definir el mercado relevante el órgano jurisdiccional nacional competente debe tener en cuenta todos los elementos que le hayan sido presentados, el TJUE señala que la definición de mercado adoptada por la BKA y confirmada por el Tribunal Supremo alemán, referida al mismo mercado geográfico, debe ser tenida en cuenta como un elemento de contexto particularmente pertinente.

En estas circunstancias, parece difícil que al definir el mercado relevante el Tribunal de Ámsterdam pueda llegar a una conclusión distinta de la alcanzada por las autoridades alemanas y, de manera prácticamente unánime, por todas las autoridades nacionales de la competencia que han analizado las cláusulas de paridad de Booking, así como por la Comisión Europea en la decisión M.10615 *Booking Holdings/Etraveli Group*. Así, en particular, en España, en su reciente resolución de 29 de junio de 2024 en el asunto S/0005/21 *Booking*, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha establecido 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.*” (apdo. 207).

4. LAS CLÁUSULAS DE PARIDAD DESPUÉS DE LA SENTENCIA BOOKING

Con la sentencia *Booking* el debate sobre la compatibilidad de las cláusulas de paridad con el artículo 101.1 TFUE llega a su fin.

¹¹ Comunicación revisada de 2024 de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa de la Unión en materia de competencia (DO C 1645, de 22.02.2024, p. 1).

¹² En estas plataformas, la demanda de un grupo de usuarios influye en la del otro grupo dando lugar a efectos de red indirectos. En particular, en un mercado en línea, cuantos más vendedores ofrezcan sus productos por medio de la plataforma, más compradores estarán interesados en la plataforma, y viceversa.

Después del pronunciamiento del TJUE, ha quedado claro que las cláusulas de paridad restringen la competencia y no pueden eludir la prohibición del artículo 101.1 TFUE por ser “*accesorias*” a una operación o actividad neutra o procompetitiva, una conclusión a la cual ya habían llegado los tribunales alemanes y que ahora ha quedado confirmada por una sentencia del TJUE vinculante para las autoridades de la competencia y los tribunales nacionales.

La única vía por la que, después de la sentencia del TJUE, las OTAs podrían intentar seguir defendiendo la legalidad de dichas cláusulas sería la de acreditar que, a pesar de restringir la competencia, cumplen los requisitos para beneficiarse de una exención por categoría con arreglo al RECAV o una exención legal con arreglo al artículo 101.3 TFUE.

Ahora bien, ni una ni otra vía parecen realmente practicables para las “*grandes*” OTAs como Booking, al margen de que entretanto con la entrada en vigor del Reglamento de Mercados Digitales¹³ y la designación de Booking como *gatekeeper*, la aplicación de las cláusulas de paridad amplia y restringida haya quedado precluida para Booking.

Por un lado, la potencial aplicación del RECAV quedaría claramente descartada por no cumplirse el requisito del umbral de cuota de mercado, es decir, por ser la cuota de Booking superior al 30%. En este sentido, cabe señalar que con arreglo al antiguo RECAV de 2010 las cláusulas de paridad podían, en principio, considerarse amparadas por la exención por categoría, al no estar incluidas ni en el listado de “*restricciones especialmente graves*” de la competencia del artículo 4 ni en el de las “*restricciones excluidas*” del artículo 5. Por el contrario, el nuevo RECAV de 2022¹⁴ califica expresamente las cláusulas de paridad amplia como “*restricciones excluidas*”, a las que no se aplica la exención por categoría¹⁵, de forma que, en su caso, la exención otorgada por el nuevo RECAV únicamente podría amparar las cláusulas de paridad restringida. No obstante, al igual que en el caso del antiguo RECAV de 2010, la aplicación del nuevo RECAV de 2022 quedaría igualmente descartada en el caso de las cláusulas de paridad restringida aplicadas por grandes OTAs, como Booking, por no cumplir el umbral de cuota de mercado del 30%.

Por otro lado, para estas OTAs tampoco parece viable la aplicación del artículo 101.3 TFUE. Este artículo otorga una exención legal de la prohibición del artículo 101.1 TFUE a los acuerdos restrictivos de la competencia que cumplan cuatro condiciones acumulativas, a saber: (i) generen eficiencias, mejorando la producción o la distribución de los productos o servicios en cuestión o fomentando el progreso técnico o económico; (ii) reserven a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante; (iii) no incluyan restricció-

¹³ De conformidad con el artículo 5.3 de dicho Reglamento, “*El guardián de acceso se abstendrá de aplicar obligaciones que impidan a los usuarios profesionales ofrecer los mismos productos o servicios a usuarios finales a través de servicios de intermediación en línea de terceros o de su propio canal de venta directa en línea a precios o condiciones que sean diferentes de los ofrecidos a través de los servicios de intermediación en línea del guardián de acceso*”.

¹⁴ Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DO L 134 de 11.5.2022, p. 4).

¹⁵ El artículo 5.1.d) del RECAV de 2022 establece que el Reglamento de exención por categorías no se aplicará a “*cualquier obligación, directa o indirecta, que impida al comprador de servicios de intermediación en línea ofrecer, vender o revender bienes o servicios a los usuarios finales en condiciones más favorables mediante servicios competidores de intermediación en línea*”.

nes que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; y (iv) no permitan eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios en cuestión.

El análisis requerido para la aplicación del artículo 101.3 TFUE implica, por tanto, una ponderación de los efectos favorables y contrarios a la competencia, como ha recordado el TJUE en la sentencia *Booking*. En la misma sentencia, el TJUE ha señalado que en el marco de este análisis podría tenerse en cuenta el hecho, “*suponiéndolo acreditado*”, de que las cláusulas de paridad tengan como finalidad luchar contra posibles fenómenos de parasitismo y sean indispensables para garantizar mejoras de eficacia o asegurar el éxito comercial de la actividad de Booking.

En este sentido, si bien es pacífico que la prestación de servicios de intermediación de reservas hoteleras en línea por parte de las OTAs genera importantes eficiencias tanto para los hoteles (a los que permiten aumentar su visibilidad y potenciales clientes) como para los consumidores finales (que pueden tener acceso y comparar una amplia gama de ofertas de forma rápida y sencilla), como también ha reconocido el TJUE, parece igualmente claro que estas eficiencias no se derivan de la aplicación de las cláusulas de paridad, de forma que estas no cumplirían ni siquiera el primer requisito para que pudieran beneficiarse de una exención legal con arreglo al artículo 101.3 TFUE.

Incluso asumiendo que dichas eficiencias se derivaran de las cláusulas de paridad, el hecho de que ni la actividad de Booking ni sus ingresos se hayan visto afectados por la eliminación total de las cláusulas de paridad amplia y restringida (en particular, en Alemania, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo alemán) demostraría que dichas cláusulas no son indispensables para alcanzar las eficiencias en cuestión.

En definitiva, para las “*grandes*” OTAs como Booking la principal vía para defender la legalidad de la aplicación de cláusulas de paridad amplia y/o restringida era su calificación como “*restricciones accesorias*”, al tratarse de una defensa independiente de su cuota de mercado. Sin embargo, esta vía ha quedado definitivamente cerrada por la sentencia *Booking* del TJUE.

5. CONCLUSIONES

Con la sentencia *Booking* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el debate sobre la legalidad de las cláusulas de paridad aplicadas por las plataformas de reservas hoteleras debiera haber llegado a su fin. El TJUE ha establecido, de forma vinculante para las autoridades de la competencia y tribunales nacionales, que estas cláusulas tienen efectos restrictivos de la competencia y no pueden eludir la prohibición del artículo 101.1 TFUE por ser “*restricciones accesorias*” a la actividad principal de las plataformas que, como también reconoce el TJUE, tiene efectos neutros o positivos para la competencia.

Aunque, en teoría, una OTA aún podría intentar justificar las cláusulas de paridad, en particular, las de paridad restringida, alegando que se beneficiarían de una exención por

categoría con arreglo al RECAV o de una exención legal con arreglo al artículo 101.3 TFUE, esta vía no parece practicable para las grandes OTAs y, en particular, para Booking.

Al margen de que la aplicación de las cláusulas de paridad haya quedado en todo caso vetada para Booking tras su designación como *gatekeeper*, sus elevadas cuotas de mercado impiden la aplicación del RECAV. Por otra parte, parece claro que las indudables eficiencias que la prestación de servicios de intermediación de reservas hoteleras en línea por parte de las OTAs genera para los hoteles y los clientes finales no se derivan de la aplicación de las cláusulas de paridad, por lo que tampoco se cumplirían los requisitos para la aplicación de una exención legal en virtud del artículo 101.3 TFUE.