

## RESOLUCIÓN

### EXPEDIENTE BOOKING

**R/AJ/020/24**

#### **CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA**

##### **Presidente**

D<sup>a</sup>. Cani Fernández Vicién

##### **Consejeros**

D<sup>a</sup>. María Jesús Martín Martínez

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

##### **Secretario del Consejo**

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 17 de abril 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 R/AJ/020/24 BOOKING, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por BOOKING B.V. (**BOOKING**), al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**), contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 4 de enero de 2024, por el que se deniega el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional en el marco del expediente S/0005/21 BOOKING, a tenor de la solicitud de BOOKING de 1 de diciembre de 2023.

## ÍNDICE DE CONTENIDO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>1. ANTECEDENTES.....</b>   | <b>3</b>  |
| <b>2. FUNDAMENTOS DE DERECHO .....</b>  | <b>4</b>  |
| <b>2.1. Objeto de la presente resolución .....</b>  | <b>4</b>  |
| <b>2.2. Pretensiones de la recurrente e informe de la Dirección de Competencia.....</b>                       | <b>5</b>  |
| 2.2.1. Objeto del recurso .....   | 5         |
| 2.2.2. Informe de la Dirección de Competencia .....   | 7         |
| 2.2.3. Alegaciones de la recurrente al informe de la Dirección de Competencia .....                           | 10        |
| <b>2.3. Sobre la inadmisión del recurso por la ausencia de los requisitos del artículo 47 de la LDC .....</b> | <b>11</b> |
| 2.3.1. Ausencia de Indefensión .....  | 13        |
| 2.3.2. Perjuicio irreparable .....  | 14        |
| <b>3. RESUELVE.....</b>   | <b>15</b> |

## 1. ANTECEDENTES

- (1) Con fecha 5 de octubre de 2022, de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 49 de la LDC, la Dirección de Competencia acordó la incoación de un procedimiento sancionador contra BOOKING, registrado con el número de expediente S/0005/21 BOOKING, por una posible infracción de los artículos 2 y 3 de la LDC y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (**TFUE**).
- (2) Con fecha 28 de julio de 2023, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.3 de la LDC, la Dirección de Competencia formuló Pliego de Concreción de Hechos (**PCH**) [**CONFIDENCIAL**].
- (3) Con fecha 30 de agosto de 2023 tuvo entrada en la CNMC el escrito de alegaciones de BOOKING al PCH, proponiendo, subsidiariamente al sobreseimiento del expediente, la terminación convencional del procedimiento en curso, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 52 de la LDC y 39 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (**RDC**), y conforme a la Comunicación sobre terminación convencional de expedientes sancionadores<sup>1</sup> (**Comunicación**), aportando una propuesta de compromisos.
- (4) Con fecha 30 de noviembre de 2023 la Dirección de Competencia acordó motivadamente no iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional por considerar que no concurrían las circunstancias que los justificasen, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 52 de la LDC y en la Comunicación.
- (5) Con fecha 1 de diciembre de 2023 tuvo entrada en la CNMC una segunda solicitud de BOOKING proponiendo el inicio de la tramitación de una terminación convencional y aportando una propuesta de compromisos.
- (6) Con fecha 4 de enero de 2024 la Dirección de Competencia acordó nuevamente la no procedencia del inicio de actuaciones tendentes a la terminación convencional y el cierre de la fase de instrucción del expediente de referencia, conforme a lo previsto en el artículo 33.1 del RDC. Asimismo, formuló la propuesta de resolución del expediente, de acuerdo con los artículos 34.1 del RDC y 50.4 de la LDC.
- (7) Con fecha 18 de enero de 2024 tuvo entrada en la CNMC recurso interpuesto por BOOKING, en virtud del artículo 47 de la LDC, contra el citado acuerdo de la Dirección de Competencia de 4 de enero de 2024 por el que se denegaba el

---

<sup>1</sup> Comunicación adoptada por la extinta Comisión Nacional de Competencia. Disponible en <https://www.cnmc.es/file/186647/download>

inicio de actuaciones tendentes a la terminación convencional (expte. R/AJ/020/24 BOOKING) (folios 1 a 22).

- (8) Con fecha 19 de enero de 2024, conforme a lo indicado en el artículo 24.1 del RDC, el Secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la Dirección de Competencia antecedentes e informe sobre el recurso (folio 26).
- (9) Con fecha 24 de enero de 2024 la Dirección de Competencia emitió el preceptivo informe sobre el recurso en el que propuso su inadmisión o, subsidiariamente, su desestimación (folios 27 a 47).
- (10) Con fecha 25 de enero de 2024 se admitió a trámite el recurso concediendo a BOOKING un plazo de 15 días hábiles para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones (folio 61).
- (11) Con fecha 2 de febrero de 2024 BOOKING solicitó a acceso al expediente (folio 66). Con fecha 9 de febrero de 2024 se concedió acceso al expediente (folio 67).
- (12) Con fecha 12 y 14 de febrero de 2024 BOOKING presentó sendos escritos en los que solicitaba la ampliación del plazo inicialmente concedido para presentar alegaciones así como que el mismo computara desde la fecha de acceso efectivo al expediente (folios 68 y 72).
- (13) Con fecha 16 de febrero de 2024, en atención a lo dispuesto en los artículos 30.3 y 32 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (**LPAC**), así como atendiendo a las circunstancias puestas de manifiesto por BOOKING en sus respectivos escritos, se acordó ampliar el plazo para presentar alegaciones por otros siete días hábiles, el máximo legal permitido, a computar desde el día siguiente a aquel en que tuvo lugar la notificación del acuerdo de 25 de enero de 2024 (folios 76 y 77).
- (14) Con fecha 5 de marzo de 2024 BOOKING presentó escrito de alegaciones al informe sobre el recurso elaborado por la Dirección de Competencia (folios 79 a 120).
- (15) La Sala de Competencia ha resuelto este recurso en su reunión de 17 de abril de 2024.

## **2. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **2.1. Objeto de la presente resolución**

- (16) La presente resolución tiene por objeto resolver el recurso interpuesto por BOOKING el 18 de enero de 2024 al amparo del artículo 47 de la LDC (folios 1 a 25), contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 4 de enero de 2024, por el que se deniega el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación

convencional del expediente S/0005/21 BOOKING (folios 49 a 60) a tenor de la segunda solicitud formal de BOOKING de 1 de diciembre de 2023 (folios 9 a 22).

- (17) El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Competencia disponiendo que: *“Las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación [hoy Dirección de Competencia] que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia [hoy CNMC] en el plazo de diez días”*.

## 2.2. Pretensiones de la recurrente e informe de la Dirección de Competencia

### 2.2.1. Objeto del recurso

- (18) BOOKING solicita al Consejo de la CNMC que admita el recurso, declarando la nulidad del citado acuerdo y que se retrotraigan las actuaciones al momento previo a su adopción.
- (19) BOOKING argumenta, con carácter previo, el carácter recurrible del acuerdo de no iniciación del trámite de terminación convencional, al amparo del artículo 47 de la LDC. Como motivos específicos del recurso, BOOKING alega (i) la vulneración de su derecho de defensa en el acceso a un trámite reglado; (ii) el vaciamiento del contenido del procedimiento de terminación convencional debido al *“enfoque incorrecto”* en la actuación de la Dirección de Competencia; (iii) la vulneración de su derecho de defensa con motivo de **[CONFIDENCIAL]**.
- (20) BOOKING considera que el acuerdo de no iniciación de la terminación convencional constituye un acto de trámite cualificado, como consecuencia de la intromisión que supondría en su derecho de defensa, en tanto que este acto termina definitivamente con la posibilidad de resolver el asunto vía terminación convencional. Subraya que el 4 de enero de 2024 se le notificó tanto el acuerdo de no iniciación de terminación convencional como el acuerdo de cierre de la fase de instrucción, lo que entiende que le deja sin la posibilidad de realizar alegaciones adicionales sobre este extremo.
- (21) Añade como argumento que **[CONFIDENCIAL]**, al imposibilitar la terminación convencional, y dado que, si bien *“no cuestiona la independencia de las decisiones tomadas por el Consejo [...] los precedentes muestran que el Consejo se ha apartado en reducidas ocasiones de las propuestas de resolución planteadas por la Dirección de Competencia”*.
- (22) También señala que, si bien la Dirección de Competencia tiene un amplio grado de discrecionalidad para acordar el inicio o no del trámite de terminación convencional, no se habría cumplido con la exigencia de motivación requerida.

- (23) Respecto del requisito de indefensión establecido en el artículo 47 de la LDC para la admisión del recurso, argumenta la recurrente que el acuerdo es arbitrario, carece de la debida motivación, y es incongruente con las preocupaciones manifestadas por la Dirección de Competencia en el PCH y en las conversaciones mantenidas con BOOKING a lo largo del procedimiento. Entiende que la Dirección de Competencia le ha privado de la posibilidad de haber resuelto o intentado resolver sus preocupaciones vía terminación convencional, “*salvaguardando el interés público y privado*”.
- (24) En relación con el requisito del perjuicio irreparable, alega la recurrente que la **[CONFIDENCIAL]**.
- (25) En cuanto a la alegada vulneración del derecho constitucional de defensa en el acceso de BOOKING a un trámite reglado, argumenta que la solicitud de iniciación del incidente de terminación convencional exigiría que la misma hubiera sido admitida, tramitada y haberse adoptado una decisión sobre el fondo de los compromisos ofrecidos, conforme al procedimiento legalmente establecido. Entiende la recurrente que entre las garantías procedimentales de las actuaciones de terminación convencional, reguladas en el artículo 39 del RDC y que la Dirección de Competencia habría omitido, están: (i) la notificación al resto de interesados de la propuesta de compromisos ofrecida, para verificar si a su juicio es suficiente y proporcionada; (ii) el traslado formal al Consejo de la propuesta de compromisos para su conocimiento y valoración; y (iii) la comunicación de la propuesta de compromisos a la Comisión Europea “*en la medida en la que unos compromisos específicos para el mercado español y sobre teorías del daño sin precedentes podrían poner en cuestión la aplicación uniforme del artículo 102 TFUE y la Digital Markets Act (DMA)*”<sup>2</sup>. Llega a reprochar BOOKING que el contenido material del acuerdo ha sido adoptado sin respetar la competencia del Consejo para hacer una valoración de los compromisos, y cita el artículo 47 de la LPAC, que declara nulos de pleno derecho los actos dictados por órgano manifiestamente incompetente. Finalmente, señala que los reproches a la propuesta de terminación convencional que contiene el acuerdo recurrido no serían “*de principio*” sino sobre cuestiones técnicas relativas a su puesta en práctica.
- (26) Respecto del alegado vaciamiento del contenido del procedimiento de terminación convencional debido a lo que considera un enfoque incorrecto en la actuación de la Dirección de Competencia, señala que la Dirección de Competencia ha actuado de manera contraria al principio de buena administración, manteniendo conversaciones sobre compromisos pese a no

---

<sup>2</sup> 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 (Reglamento de Mercados Digitales o **DMA** por sus siglas en inglés [*Digital Markets Act*]).

tener voluntad de abrir el procedimiento formal de terminación convencional. Entiende la recurrente que la Dirección de Competencia habría empleado una “*táctica*” consistente en obtener información de BOOKING para emplearla en la propuesta de resolución y para forzarle a que fuera cada vez más lejos en su propuesta de compromisos sin que la Dirección de Competencia tuviese una verdadera intención de tomarlos en consideración. BOOKING hace referencia al “*limitado feedback*” ofrecido por la Dirección de Competencia, a su “*relativa opacidad*” e incluso a su “*hermetismo y amenaza constante de cierre de la fase de instrucción*”.

- (27) Respecto de la causa de nulidad consistente en la vulneración del derecho de defensa **[CONFIDENCIAL]**. Ello demostraría que los compromisos cubrían las preocupaciones de la Dirección de Competencia y que nada impedía la apertura de las actuaciones tendentes a la terminación convencional. Indica la recurrente que las propuestas de compromisos que presentó eran más detalladas que las “*líneas generales*” que se requieren en la Comunicación.
- (28) Argumenta la recurrente que incluso si se considerase que la Dirección de Competencia es competente para resolver sobre la solicitud de inicio del incidente de terminación convencional, el acuerdo recurrido carece de suficiente motivación, por dos razones. La Dirección de Competencia no habría motivado la falta de interés público en la adopción de los compromisos, que podrían anticipar los efectos de unas eventuales obligaciones de comportamiento susceptibles, en cambio, de una suspensión cautelar. Además, la Dirección de Competencia tampoco habría motivado por qué los compromisos presentados no fueron considerados suficientes ni siquiera para comenzar el inicio formal del trámite de terminación convencional.
- (29) Finalmente, respecto del último motivo del recurso consistente en que el acuerdo no perseguiría el interés general de salvaguarda de la competencia que es objeto de la LDC, BOOKING muy sumariamente señala, citando el párrafo 51 del acuerdo recurrido, que el objetivo declarado del acuerdo es “*establecer un precedente*” e indica que “[s]i la Dirección de Competencia quisiese salvaguardar la competencia en el mercado habría tenido que iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional”.

### 2.2.2. Informe de la Dirección de Competencia

- (30) Frente a lo alegado por BOOKING, la Dirección de Competencia propone la inadmisión a trámite del recurso, por no ser un acto susceptible de recurso, y subsidiariamente su desestimación, por no concurrir indefensión ni perjuicio irreparable.
- (31) El informe señala que la doctrina jurisprudencial sobre la terminación convencional obliga a la inadmisión a trámite del recurso. Por un lado, defiende



que la discrecionalidad administrativa de la decisión de acordar o no el propio inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional se sitúa precisamente en el propio inicio del procedimiento y no en la valoración y resolución de los compromisos propuestos por el interesado<sup>3</sup>. Del mismo modo, recuerda que el órgano competente para adoptar la decisión sobre el inicio o no del trámite de terminación convencional es la Dirección de Competencia y no el Consejo de la CNMC<sup>4</sup>. Sobre el alcance de la motivación necesaria del acuerdo que deniegue el inicio de la terminación convencional, indica que basta con que el mismo esté motivado de manera suficiente por el órgano instructor, bastando con que se detallen las razones por las que no se considera que deba iniciarse el procedimiento<sup>5</sup>, toda vez que el mismo no responde a una potestad reglada que obligue a la CNMC a llevarlo a cabo si concurren los requisitos formales, pues no existe un derecho subjetivo del presunto infractor al inicio de la terminación convencional<sup>6</sup>.

- (32) Asimismo, el informe señala que tampoco sería posible apreciar que la denegación del inicio del incidente de terminación convencional contenida en el acuerdo impugnado pueda haber ocasionado indefensión a BOOKING, pues forma parte de un trámite dentro del procedimiento sancionador, que continua con el habitual respeto a todas las garantías procesales y, en consecuencia, no puede considerarse como un acto administrativo generador de indefensión<sup>7</sup>.
- (33) Indica que el marco normativo y la doctrina jurisprudencial sentada sobre la materia en modo alguno establecen unas exigencias de procedimiento que impongan a la Dirección de Competencia la obligación de acoger las pretensiones de BOOKING de notificación al resto de interesados de la propuesta de compromisos ofrecida (para verificar si a su juicio es suficiente y proporcionada) o de traslado formal al Consejo para su conocimiento y valoración.
- (34) Señala el informe que el acuerdo impugnado analiza con detalle todos y cada uno de los compromisos presentados y describe las principales deficiencias en relación con las presuntas prácticas anticompetitivas objeto del expediente sancionador S/0005/21 BOOKING, motivando de manera pormenorizada las causas por las que no procede acordar el inicio de actuaciones tendentes a la terminación convencional. Por ello, defiende que BOOKING ha podido conocer con un extenso grado de detalle las razones que fundamentan el acuerdo

---

<sup>3</sup> Véase la sentencia del Tribunal Supremo 4126/2015, de 5 de octubre de 2015 (rec. 3250/2012).

<sup>4</sup> Véase la sentencia del Tribunal Supremo 3942/2015, de 24 de septiembre de 2015 (rec. 725/2013).

<sup>5</sup> Véase la STS 4126/2015, de 5 de octubre de 2015.

<sup>6</sup> Véase la sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de noviembre de 2020 (rec. 3496/2020).

<sup>7</sup> Véase la sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de enero de 2016 (rec. 164/2013).



recurrido y que han conducido a la Dirección de Competencia a desestimar la solicitud de inicio del procedimiento de terminación convencional, por lo que no cabría admitir que el acuerdo no haya motivado la falta de interés público en la adopción de los compromisos y por qué los compromisos presentados no fueron considerados suficientes para el inicio de las actuaciones.

- (35) Sobre el supuesto vaciamiento del contenido del procedimiento de terminación convencional debido a lo que BOOKING considera un enfoque incorrecto en la actuación de la Dirección de Competencia contrario al principio de buena administración, señala el informe que se trata de una interpretación negativa, de parte y difícilmente contrastable sobre el desarrollo de las distintas conversaciones informales a lo largo del expediente sancionador entre el órgano instructor y BOOKING, así como a un juicio de intenciones de la Dirección de Competencia que ésta no comparte.
- (36) El informe también señala que **[CONFIDENCIAL]**.
- (37) En relación con la acreditación del interés general detrás del acuerdo impugnado, señala la Dirección de Competencia que la terminación convencional (que es atípica) implica renunciar: i) a la declaración de la existencia de las infracciones (en particular las muy graves, como algunas de las presuntas infracciones que se dirimen en el expte. principal); ii) a su penalización; iii) a establecer un precedente claro que pueda fundar una circunstancia agravante de reincidencia si se reanuda la conducta o se incurre en otra semejante; y iv) a establecer fehacientemente la duración de la conducta y la atribución de la responsabilidad que facilitarían el resarcimiento de las posibles víctimas. Entiende que todas ellas son consideraciones de interés público a favor de **[CONFIDENCIAL]**. Incluso la Dirección de Competencia defiende haber ido más allá en la motivación del acuerdo, entrando en detalles de por qué los compromisos ofrecidos por BOOKING no eran adecuados para terminar la presunta infracción ni presentaban ventajas para el interés público.
- (38) Sobre el perjuicio irreparable considera el informe que BOOKING no lo ha concretado, toda vez que de la lectura del recurso se observa que el mismo no derivaría del acuerdo de denegación del inicio de actuaciones tendentes a la terminación convencional, sino de **[CONFIDENCIAL]**. Al respecto, recuerda la Dirección de Competencia que el objetivo del expediente es satisfacer el interés general, no el particular de los que presuntamente han realizado prácticas prohibidas<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Véase la STS 3942/2015, de 24 de septiembre de 2015.

### 2.2.3. Alegaciones de la recurrente al informe de la Dirección de Competencia

- (39) En sus alegaciones al informe de la Dirección de Competencia, formuladas tras el correspondiente acceso al expediente, BOOKING reitera lo señalado en su recurso. Esto es, que el hecho de que la Dirección de Competencia haya evitado la aplicación del proceso reglado de terminación convencional junto con la vulneración del principio de buena administración y la adopción de una decisión sobre el fondo de los compromisos reservándose así una competencia que le corresponde al Consejo de la CNMC, ha supuesto una vulneración a su derecho de defensa y ha causado un perjuicio irreparable a BOOKING y al interés público.
- (40) En primer lugar, reitera que el acuerdo impugnado es un acto de trámite cualificado y, por tanto, recurrible al amparo del artículo 47 de la LDC, en la medida en que produce indefensión y un perjuicio irreparable a los derechos e intereses de BOOKING. Basa su argumentación en que el acuerdo de denegación cierra formalmente una vía legal en el procedimiento y es, por tanto, un acto de trámite cualificado en la medida en que modifica de forma efectiva su situación jurídica en el procedimiento sancionador.
- (41) En segundo lugar, BOOKING entiende que el acuerdo impugnado le ha generado indefensión porque no está suficientemente motivado y es irrazonable. Para ello, se apoya en que el razonamiento de la Dirección de Competencia para rechazar su propuesta de compromisos era que ésta no era suficiente para resolver los problemas de competencia y, sin embargo, a su juicio, **[CONFIDENCIAL]**.
- (42) En tercer lugar, la recurrente reitera que el acuerdo de la Dirección de Competencia le ha causado, efectivamente, un perjuicio irreparable, ya que ha alterado definitivamente la situación jurídica de BOOKING negándole la posibilidad de acceder al procedimiento de terminación convencional y conduciendo a la creación en su esfera jurídica de una potencial deuda relativa al importe de la multa. A su juicio, haber posibilitado un diálogo formal de compromisos en el marco del procedimiento de terminación convencional podría haber mejorado el contenido de dichos compromisos desde una perspectiva de interés público, junto con una ejecución más temprana de las obligaciones (también beneficiosa para el interés público).
- (43) Por último, la recurrente insiste en que la actuación de la Dirección de Competencia durante la fase de instrucción habría reforzado aún más la indefensión y el perjuicio irreparable causado a BOOKING. Por un lado, señala que en el marco de las conversaciones relativas a los compromisos, BOOKING actuó de una manera que diferiría de su estrategia de defensa si hubiera quedado claro que no era posible ningún compromiso. Es decir, entiende que con la falta de un rechazo expreso al inicio del procedimiento de terminación

convencional hasta el último momento, la Dirección de Competencia utilizó la información aportada por BOOKING en detrimento de su defensa, actuando en contra del principio de buena administración y buena fe. Por otro lado, la recurrente alega que la Dirección de Competencia vació de contenido el procedimiento formal de terminación convencional en perjuicio de BOOKING y del interés público, al haber privado a los interesados de la notificación de su propuesta de compromisos con el fin de conocer su opinión, al haber tomado una decisión sobre el fondo de la propuesta de compromisos sin haber informado al Consejo y en la medida en que los compromisos específicos para el mercado español y sobre teorías del daño inéditas podrían cuestionar la aplicación uniforme del artículo 102 del TFUE y de la DMA.

### **2.3. Sobre la inadmisión del recurso por la ausencia de los requisitos del artículo 47 de la LDC**

- (44) De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, el objeto de la presente resolución es adoptar una decisión sobre el recurso interpuesto el 18 de enero de 2024 por BOOKING contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 4 de enero de 2024, por el que se deniega el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente S/0005/21 BOOKING a tenor de la segunda solicitud formal de BOOKING de 1 de diciembre de 2023. En concreto, procede analizar si dicho acuerdo es susceptible de ocasionar indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente, únicos motivos contemplados por el legislador y la jurisprudencia<sup>9</sup> para poder sustentar la impugnación del acuerdo en el marco de este concreto de recurso administrativo.
- (45) La recurrente alega que el acuerdo impugnado es un acto de trámite cualificado y, por tanto, recurrible al amparo del artículo 47 de la LDC, en la medida en que le produce indefensión y un perjuicio irreparable a sus derechos e intereses legítimos porque cierra formalmente una vía legal de finalización del procedimiento sancionador, modificando así de forma efectiva la situación jurídica de BOOKING en el mismo.
- (46) Este Consejo, atendiendo a sus propios precedentes<sup>10</sup> confirmados por una reiterada y pacífica jurisprudencia<sup>11</sup>, recuerda que el acuerdo recurrido no es, en

<sup>9</sup> Por todas, véase la sentencia del Tribunal Supremo 4722/2013, de 30 de septiembre de 2013.

<sup>10</sup> Resoluciones del Consejo de la CNMC de 4 de diciembre de 2018 (Exptes. R/AJ/088/18, SGAE y R/AJ/093/18, VAILLANT ESPAÑA); de 19 de diciembre de 2018 (Exptes. R/AJ/107/18, GRUPO SANTILLANA y R/AJ/098/18, GRUPO ANAYA); de 23 de mayo de 2019 (Exptes. R/AJ/037/19, MEDIASET y R/AJ/034/19, ATRESMEDIA); de 16 de noviembre de 2021 (Expte. R/AJ/112/21 SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS); y de 15 de junio de 2022 (Expte. R/AJ/012/22 LEADIANT 4).

<sup>11</sup> Por todas, véase la sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de noviembre de 2020 (rec. 198/2015), que viene a recopilar la doctrina más relevante de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo expuesta sobre la terminación convencional.

sí mismo, un acto administrativo susceptible de recurso. Esto se debe a que la decisión sobre la iniciación de las actuaciones tendentes a la terminación convencional de un procedimiento sancionador no responde a una potestad reglada que obligue a la CNMC a iniciarlo por el mero hecho de que concurren los requisitos formales para ello. No existe un derecho subjetivo del presunto infractor a que se inicie tal procedimiento. Como ha indicado el Tribunal Supremo<sup>12</sup>, una interpretación en línea con la defendida por la recurrente supondría dejar al arbitrio de los presuntos infractores la decisión sobre cuándo la administración debe o no ejercer su potestad sancionadora.

- (47) Por tanto, esta facultad se inserta en el ámbito de una potestad discrecional en la que la Dirección de Competencia goza de un amplio margen para decidir si inicia o no el procedimiento de terminación convencional que, en todo caso, debe ser analizado desde la perspectiva del interés público que protege la normativa de defensa de la competencia y no de desde la perspectiva del interés del presunto infractor. Al respecto, la Audiencia Nacional<sup>13</sup> ha señalado que es posible que por la naturaleza y entidad de la infracción, o por la irreversibilidad de los efectos sobre la competencia derivados de la conducta infractora, existan razones de interés público que aconsejen la tramitación del expediente sancionador de forma ordinaria con la finalidad de depurar las prácticas y conductas prohibidas por el Derecho de la Competencia y exigir responsabilidad al presunto infractor.
- (48) En definitiva, la mera denegación de la terminación convencional no constituye una causa de indefensión que ampare la admisión del recurso del artículo 47 de la LDC. Máxime cuando en este caso se han respetado los derechos procedimentales del interesado en relación con la terminación convencional, es decir, la presentación de la solicitud y la obtención de una respuesta motivada en el caso de denegación de su inicio.
- (49) En todo caso, cabe aclarar que no es objeto de la presente resolución entrar a valorar la aptitud de los compromisos propuestos por BOOKING para justificar el inicio de la terminación convencional ni proceder al examen pormenorizado de la valoración realizada por la Dirección de Competencia sobre la que habría basado su decisión de denegación del inicio. Reiteramos que lo anterior es una competencia que le corresponde de forma exclusiva al órgano instructor, por lo que este Consejo no puede ni debe suplantar a la Dirección de Competencia en el ejercicio de dicha competencia. Por ello, el objeto de la presente resolución se

---

<sup>12</sup> Véase la sentencia del Tribunal Supremo 1634/2018, de 16 de noviembre de 2018, que citaba las SSTs 4126/2015, de 5 de octubre de 2015 y 3942/2015, de 24 de septiembre de 2015, respectivamente.

<sup>13</sup> Véase la SAN de 4 de noviembre de 2020 (rec. 198/2015).

circunscribe al análisis sobre la aptitud del acuerdo impugnado para generar indefensión o un perjuicio irreparable a la recurrente.

- (50) No obstante el carácter no recurrible del acuerdo impugnado, en los epígrafes subsiguientes se procede a analizar de forma diferenciada las alegaciones del recurrente referidas a la existencia de indefensión así como de un supuesto perjuicio irreparable a sus derechos e intereses legítimos.

### 2.3.1. Ausencia de Indefensión

- (51) La recurrente alega que el acuerdo impugnado le ha generado indefensión a BOOKING porque no está suficientemente motivado y es irrazonable, toda vez que la denegación del inicio de la terminación convencional se habría basado en que la propuesta de compromisos aportada junto con su solicitud de 1 de diciembre de 2023 **[CONFIDENCIAL]**.
- (52) Sobre la falta de motivación, cabe señalar que de la mera lectura del acuerdo impugnado se observa que la Dirección de Competencia ha analizado pormenorizadamente cada uno de los compromisos propuestos por BOOKING en los apartados (37) a (48) del mismo. Al respecto, expone para cada uno de ellos los motivos sobre el porqué han sido valorados como insuficientes para justificar el inicio del procedimiento de terminación convencional. El hecho de que dichas conclusiones no sean compartidas por la recurrente, no convierten el acto impugnado en un acuerdo generador de indefensión, toda vez que, tal y como ha indicado la Audiencia Nacional, de una decisión motivada debe excluirse la existencia de indefensión<sup>14</sup>.
- (53) Tampoco comparte esta Sala las alegaciones sobre la supuesta irracionalidad del acuerdo impugnado. Si bien es cierto que los compromisos propuestos por BOOKING en su segunda solicitud formal de inicio de terminación convencional **[CONFIDENCIAL]**, lo anterior no implica que la decisión del acuerdo de denegar el inicio de la terminación convencional fuera irrazonable, en el sentido de absurdo, ilógico o errado. Conforme ha señalado la propia jurisprudencia<sup>15</sup>, y así se ha indicado en párrafos anteriores, la decisión de iniciar o no el procedimiento de la terminación convencional debe entenderse desde la perspectiva del bien jurídico protegido por la normativa de defensa de la competencia, que pueden ir más allá de la mera aptitud de los compromisos propuestos para resolver con mayor o menor acierto los problemas de competencia detectados en el procedimiento. Tal y como ha señalado la Audiencia Nacional, *“pueda suceder que esos intereses aconsejen acceder a la terminación convencional en aquellos casos en que los compromisos ofrecidos por el presunto infractor permitan garantizar una efectiva competencia y la defensa de consumidores y usuarios,*

---

<sup>14</sup> *Ibidem.*

<sup>15</sup> *Ibidem.*



*pero paralelamente es posible que por la naturaleza y entidad de la infracción, o por la irreversibilidad de los efectos sobre la competencia, derivados de la conducta infractora, existen razones de interés público que aconsejan la tramitación del expediente sancionador con la finalidad de depurar prácticas y conductas prohibidas por el Derecho de la Competencia y exigir responsabilidad al presunto infractor”<sup>16</sup>.*

- (54) Por otro lado, la acusación de la recurrente sobre el hecho de que Dirección de Competencia **[CONFIDENCIAL]**, resulta imposible de contrastar para este Consejo, toda vez que no dejar de ser una conjetura sin respaldo o prueba fehaciente más allá de una razonable similitud entre ambas. 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 **[CONFIDENCIAL]**. 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.

### 2.3.2. Perjuicio irreparable

- (55) En cuanto al segundo de los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC para que pueda prosperar el recurso, el Tribunal Constitucional viene entendiendo por perjuicio irreparable “*aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración*” (por todas, ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009).
- (56) La recurrente reitera que el acuerdo de la Dirección de Competencia le ha causado un perjuicio irreparable porque ha alterado definitivamente la situación jurídica de BOOKING en el procedimiento sancionador, negándole la posibilidad de acceder al procedimiento de terminación convencional y conduciendo así a la creación en su esfera jurídica de una potencial deuda equivalente al **[CONFIDENCIAL]**. A su juicio, haber posibilitado un diálogo formal de compromisos en el marco del procedimiento de terminación convencional podría haber mejorado el contenido de dichos compromisos desde una perspectiva de interés público, junto con una ejecución más temprana de las obligaciones.
- (57) Al respecto, sin ánimo de resultar reiterativos, esta Sala debe traer a colación, nuevamente, lo dicho por el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de septiembre de 2015<sup>17</sup>, en la cual: “(...) *Rechaza que el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional de un expediente sancionador es un acto reglado, con el significado de que no cabe denegar la apertura de dicho procedimiento sin dar la oportunidad al solicitante de realizar propuestas de*

---

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> Véase la STS 3942/2015, de 24 de septiembre de 2015.



*compromiso, porque entendemos que corresponde a dicha autoridad administrativa valorar ab initio si concurren circunstancias objetivas que justifiquen su tramitación, puesto que la utilización de este instituto procedimental no resulta viable cuando por la naturaleza y entidad de la infracción, o por la irreversibilidad de los efectos sobre la competencia, derivados de la conducta infractora, existen razones de interés público que aconsejan la tramitación del expediente sancionador con la finalidad de depurar prácticas y conductas prohibidas por el Derecho de la Competencia y exigir responsabilidad al presunto infractor".*

- (58) Por ello, el mero hecho de que se haya denegado el inicio del procedimiento tendente a la terminación convencional no puede ser alegado por la parte como causa de comisión de un hipotético perjuicio irreparable a sus derechos e intereses legítimos. Cabe recordar que el acuerdo impugnado no pone fin de manera definitiva al procedimiento sancionador principal, el cual sigue su tramitación ordinaria, con todas sus garantías, sin que sea posible anticipar cuál será la resolución definitiva adoptada por este Consejo al respecto, motivo por el que no cabe tampoco apreciar la existencia del perjuicio irreparable a que hace alusión el artículo 47 de la LDC.
- (59) En todo caso, del análisis de las alegaciones aportadas por BOOKING en el marco del presente recurso se observa que las mismas parecen fundamentarse en la existencia de un perjuicio irreparable derivado, no tanto de la denegación a acordar el inicio de la terminación convencional en sí misma, sino de **[CONFIDENCIAL]**.
- (60) Por todo ello, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, esta Sala entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser inadmitido.
- (61) En su virtud, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia

### **3. RESUELVE**

**Único.-** Inadmitir el recurso presentado por BOOKING B.V. contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 4 de enero de 2024, por el que se deniega el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente S/0005/21 BOOKING, dada la ausencia de indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la recurrente.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese al interesado, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la

Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.