

La experiencia del cliente: análisis jurídico de la publicación online de comentarios de clientes (reviews). En particular, el caso de TripAdvisor

The customer experience: legal analysis of the online publication of customer reviews. In particular, the case of TripAdvisor

Apol·lònia Martínez Nadal¹, Francisca M. Rosselló Rubert¹

¹ Universidad de las Islas Baleares, España

apollonia.martinez@uib.es , misserxiscarossello@gmail.com

RESUMEN. Nos centramos en este trabajo en la hipótesis en la que un tercero publica un comentario o valoración sobre un establecimiento de alojamiento (los denominados reviews) en Internet. Teniendo cuenta que existe la posibilidad de que se publiquen no solo comentarios negativos sino también falsos, que pueden afectar a la denominada reputación corporativa digital.

Analizamos las posibles actuaciones jurídicas frente a este tipo de comentarios. Por una parte, hemos hallado algunas actuaciones individuales del empresario sobre sus clientes, consistentes en la imposición de sanciones a aquellos clientes que publiquen comentarios negativos, al amparo de una previsión contractual. Estas iniciativas individuales presentan aspectos de legalidad dudosa.

Más relevantes, y adecuadas, son iniciativas sectoriales como la aprobación por HOTREC del documento "Benchmarks of Fair Practices in Online Distribution", que, en su versión de 2014, incluye un apartado dedicado a la valoración de servicios por parte de clientes y cuyos elementos clave son las exigencias relativas al anonimato, control editorial y clientes reales.

Finalmente, analizamos la sanción impuesta en Italia a TripAdvisor por la Autorità Garante de la Concorrenza por considerar que no ha aplicado los controles necesarios para evitar críticas fraudulentas, sanción posteriormente revocada por los tribunales italianos.

ABSTRACT. In this paper we focus on the hypothesis that a third party post a comment (review) about a hotel in Internet. Bearing in mind that there is a possibility that not only negative but also false comment will be posted, affecting the so-called digital corporate reputation.

We analyze possible juridical actions against such comments. On the one hand, we have found some individual actions of the hoteliers against their customers, involving the imposition of economic sanctions on those customers who post negative comments, applying contractual provisions. These individual initiatives are legally questionable.

More relevant, and appropriate, are sectorial initiatives such as the approval, by HOTREC, of the document "Benchmarks of Fair Practices in Online Distribution", which, in its version of 2014, includes a section dedicated to "Guest reviews" with key requirements relating to anonymity, editorial control and real customers.

Finally, we analyze the fine imposed in Italy on TripAdvisor by the Autorità Garante de la Concorrenza considering that it has not implemented the necessary controls to prevent fraudulent reviews, fine subsequently voided by Italian courts.

PALABRAS CLAVE: Turismo, Establecimientos de alojamiento, Páginas web de valoración, Comentarios falsos, Reputación digital, Práctica desleal, Incidencia en los consumidores.

KEYWORDS: Tourism, Accommodation establishments, Review website, False reviews, Digital reputation, Unfair practice, Impact on consumers.

1. Introducción. Riesgos en la gestión de la reputación corporativa digital; en particular, publicación por terceros de informaciones negativas¹.

Nos centramos en este trabajo en la hipótesis en la que un tercero ajeno a la empresa publica una información negativa sobre la misma en Internet (en la web de una OTA, Online Travel Agency, o en un review site), lo que puede afectar a la identidad y la reputación corporativa digital con consecuencias graves como la pérdida de clientes, y, por ende, de beneficios. Curiosa y paradójicamente, incluso aquellas empresas sin presencia corporativa en la red están expuestas a la publicación on-line de opiniones sobre ellas por terceros.

En efecto, una de las ventajas de Internet es que permite a las empresas obtener un feedback directo de clientes y del público en general sobre sus productos o servicios. Pero puede ocurrir que la respuesta sea negativa, con la publicación de opiniones, comentarios y valoraciones negativas (información en sentido amplio), que pueden tener un fundamento real o pueden resultar ser falsas, pero que, en todo caso, pueden afectar a la reputación de la empresa. Ello puede realizarse a través de distintas vías: p.ej., a través de comentarios en foros y blogs personales, o a través de los hashtags o etiquetas de Twitter que permiten la agrupación de comentarios y les da una mayor visibilidad y facilita su localización.

En el supuesto objeto de este trabajo, centrado en las empresas turísticas y particularmente los titulares de establecimientos de alojamiento, los mismos están expuestos a este tipo de opiniones negativas, incluso, como ya hemos apuntado, sin tener presencia directa en Internet. De entrada, cuando el propio prestador de servicios turísticos tiene su propia página web a través de la que ofrece de forma directa sus servicios al usuario final, es habitual incluir un espacio para la expresión de opiniones por parte de usuarios; no obstante, en estos casos, el propio empresario tendrá un control sobre las entradas y contenidos de tal apartado de opinión.

El problema surge cuando no tiene tal control directo, y ello ocurre cuando recurre para la comercialización de sus servicios a entidades intermediarias como las centrales de reservas (Online Travel Agencies, OTA). En tal caso, el empresario turístico está expuesto a opiniones vertidas por terceros en una página web ajena sobre la que, en principio, no tiene control: pueden ser opiniones subjetivas, informaciones verdaderas o falsas, vertidas por clientes reales o clientes inexistentes, clientes anónimos o identificados. Es cierto que en las relaciones contractuales interempresariales que vinculan al hotelero con la OTA podría abordarse y regularse el tema de las opiniones negativas por terceros, pero no olvidemos que, en estos momentos, quienes tienen la posición económica dominante en esa relación contractual son habitualmente las OTA, que acaban imponiendo sus condiciones a los proveedores de servicios turísticos.

Y el problema mencionado se agrava cuando tales opiniones se expresan a través de otras entidades que no son en sentido estricto intermediarios, aun cuando influyen de forma indirecta pero muy relevante en la actividad de comercialización de servicios turísticos: son los denominados On-line Review Sites o sitios de valoración on-line que permiten a la persona interesada en una determinada prestación (p.ej. alojamiento) búsquedas y comparativas sobre los servicios turísticos ofrecidos por distintos proveedores y también la expresión de opiniones sobre tales servicios por parte de sus usuarios. Tales opiniones son tenidas muy en cuenta por potenciales clientes a la hora de tomar una decisión sobre si contratar o no un servicio (p.ej., el alojamiento en uno y no otro establecimiento hotelero). Y, en este caso, el empresario de alojamiento afectado sobre tales opiniones no tiene en principio relación contractual alguna con la entidad que aloja tales opiniones y es posible incluso que, ni siquiera, tenga presencia corporativa en internet (web propia, Facebook, ...).

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco de los proyectos DER2012-32063 "Turismo y Nuevas Tecnologías; en especial, el régimen jurídico de las denominadas centrales de reservas turísticas" (Investigador principal: A. Martínez Nadal (2013, 2015a, 2015b) y DER2015-63595-R "Big Data, Cloud Computing y otros nuevos retos jurídicos planteados por las tecnologías emergentes; en particular, su incidencia en el sector turístico" financiados ambos por el Ministerio de Economía y Competitividad. Igualmente, esta investigación se ha elaborado gracias al disfrute de la ayuda para formación de personal investigador predoctoral concedida por la Conselleria d'Innovació, Recerca i Turisme del Gobierno de las Islas Baleares y del Fondo Social Europeo, en el marco del Programa Operativo FSE 2014-2020.

En principio, las críticas, objetivas y fundamentadas, pueden ser incluso positivas y bien recibidas por el empresario, que las puede valorar como una de las ventajas de estar presente en la red, que le permite interactuar con sus clientes y usuarios, y corregir posibles deficiencias en el desarrollo de su actividad empresarial. Pueden existir también comentarios subjetivos basados en apreciaciones personales, incluso comentarios falsos o claramente denigratorios para la empresa afectada que afecten a la reputación corporativa on-line. Analizamos a continuación las posibles acciones legales frente a este tipo de comentarios.

2. Marco legal y posibles acciones judiciales. Valoración

En este apartado analizamos, de entrada, la posibilidad de ejercer algún tipo de acción legal en sede judicial frente a este tipo de comentarios negativos sobre las empresas de alojamiento turístico (reviews). Y, a continuación, analizamos la conveniencia del ejercicio de tales acciones desde un punto de vista práctico.

2.1. Derecho al honor de las empresas y acciones legales para su defensa.

Libertad de expresión de los terceros usuarios y clientes

Como se ha señalado, el análisis de la normativa que afecta a la reputación on-line no difiere sustancialmente del que se haría al considerar la imagen y reputación corporativa en el mundo tradicional o presencial (INTECO, 2012: 22).

El punto de partida del análisis se sitúa en el artículo 18 de la Constitución española, que reconoce el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. El Tribunal Constitucional incluye a las empresas y organizaciones entre los titulares del derecho al honor, con el que estaría relacionada la reputación corporativa. Así, reconoce expresamente que la persona jurídica también puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena².

Por tanto, los empresarios persona jurídica, en defensa de su derecho al honor, pueden, en principio, iniciar acciones civiles o penales para solicitar la retirada de la Red de informaciones que produzcan un perjuicio a su reputación. En la mayoría de las ocasiones nos encontraremos ante supuestos donde entran en conflicto, de un lado, el derecho al honor del empresario cuya reputación ha sido dañada y, de otro, el derecho a la libertad de expresión e información, recogidos en el artículo 20 de la Constitución española, que ampararían al autor de los comentarios e informaciones.

En concreto, los empresarios afectados podrían recurrir, principalmente, a la siguiente normativa específica para salvaguardar su reputación on-line corporativa:

a) Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del derecho al honor. Esta Ley protege a las empresas frente a todo género de intromisiones ilegítimas que pudieran menoscabar su reputación, ello tanto si se producen en el entorno físico como si acaecen en el entorno on-line. La entidad que vea afectado su honor (por ejemplo, a través de comentarios falsos y denigratorios publicados por un usuario on-line) podría iniciar un proceso civil ordinario con la finalidad de que se adopten las medidas necesarias para que se ponga fin a la intromisión ilegítima.

b) Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, sobre el derecho de rectificación. Conforme al art. 1 de esta Ley, toda persona, natural o jurídica, tiene derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio.

Se trata de una acción (compatible con la de la Ley Orgánica 1/1982) que tiene como finalidad la

² Sentencia del Tribunal Constitucional 139/1995.

publicación de la rectificación de la información que puede afectar a la reputación de la empresa o, en su caso, su denegación. Por este motivo, es considerada un derecho de réplica, más que de un derecho de rectificación en sentido estricto.

El ejercicio de este derecho se limita, conforme al art. 1 mencionado, a informaciones difundidas por los medios de comunicación social, con lo que se excluyen, por ejemplo, opiniones vertidas en un foro de consumidores y usuarios, y plantean dudas casos como los blogs (INTECO, 2012: 23), y, en nuestro caso, páginas web de valoración, y apartados de opinión de las webs de OTA (On-line Travel Agencies).

c) Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI). Esta ley, que transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, regula el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios que actúan como intermediarios de la sociedad de la información, permitiendo atribuirles responsabilidad civil por intromisiones al derecho al honor. En el caso que nos ocupa, se trataría de determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos por la información almacenada o alojada en sus servidores, con contenidos que vulneran el derecho al honor de una empresa.

El art. 16 de la Ley 34/2002 exime de responsabilidad a los prestadores de servicios siempre que no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información es ilícita o lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización o, si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos. La clave, por tanto, está en probar el conocimiento efectivo que el prestador de servicios tiene o no.

Por ello, conforme a la legislación y la jurisprudencia, en la hipótesis que analizamos, el titular de la página web donde se publican comentarios negativos (Review site u OTA) por parte de usuarios de servicios turísticos no será, en principio, responsable de tales comentarios, siempre que no tenga tal conocimiento efectivo. De forma que si el responsable del sitio de valoración desconoce que los comentarios vertidos son falsos o, aun conociéndolos, hace lo posible por retirarlos de su web, no será responsable de los mismos.

En este sentido, la jurisprudencia española, de forma general, para supuestos similares, sigue el criterio de no convertir al operador, por el mero hecho de serlo, en responsable de las expresiones vertidas por terceros en su web, y no se le obliga a censurar antes de su publicación todo post que se remita al mismo. Por ello, se considera como responsable directo al autor de las declaraciones. En este sentido, cabe mencionar dos sentencias extranjeras, que han exonerado de responsabilidad a los titulares de review sites³.

d) Artículos 205 a 216 del Código penal, reguladores de los delitos contra el honor (calumnias e injurias). En determinadas circunstancias extremas, las actuaciones que vulneren el honor y la reputación digital de una empresa pueden llegar a ser constitutivas de delito. El Código penal regula en los preceptos mencionados los delitos contra el honor. Así, es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad

³ La primera sentencia es un caso alemán en el que un hotelero demandó a TripAdvisor por permitir que un cliente plasmara en su web declaraciones falsas sobre sus instalaciones. El Tribunal Old Hamburg dio la razón a TripAdvisor, indicando que el demandante puede exigir al demandado que elimine las declaraciones falsas sobre el hotel, pero no tiene derecho a excluir por completo cualquier crítica ya que la libertad de expresión es un derecho fundamental que no puede verse vulnerado. El equilibrio de los intereses entre ambas partes hizo que la reclamación no prosperara.

El segundo procedimiento se refiere a un hotel de Estados Unidos, que perdió una demanda millonaria contra TripAdvisor tras encabezar el ranking de 2011 de los establecimientos más sucios del país. "El hotel consideró que la web en sí era producto de un sistema de evaluación manipulado que dependía de rumores infundados y que pretendía dañar irreparablemente su reputación y su negocio". La demanda fue desestimada hasta en tercera instancia porque, según el tribunal, su posición en el ranking "no puede entenderse como difamatoria. Incluso el lector más descuidado debe haber percibido que 'el más sucio' es simplemente una exageración y que el Grand Resort no es literalmente el hotel más sucio de Estados Unidos". Fuente: http://www.hosteltur.com/177790_chantajes-tripadvisor-via-judicial-no-es-solucion.html (consulta: diciembre 2014) (HOSTELTUR, 2016a).

Martínez, A.; Rosselló, F. M. (2016). La experiencia del cliente: análisis jurídico de la publicación online de comentarios de clientes (reviews). En particular, el caso de TripAdvisor. *International Journal of Information Systems and Tourism (IJIST)*, 1(1), 92-106.

o temerario desprecio hacia la verdad (artículo 205 del Código penal); y es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación (artículo 208 del Código penal).

2.2. Valoración de la conveniencia del ejercicio de acciones legales en vía judicial

Aun cuando en principio el empresario afectado por una opinión negativa tiene la posibilidad de ejercer en sede judicial alguna de las acciones legales mencionadas, consideramos que debe valorarse de forma previa la efectiva viabilidad de las mismas, las posibilidades de éxito o fracaso, y, aun caso de prosperar la acción ejercida, las posibles consecuencias que pueden derivarse de tal iniciativa, no ya únicamente desde el punto de vista jurídico sino también económico, empresarial y reputacional. En efecto, existen una serie de cuestiones, en muchos casos relacionadas con el contexto electrónico, que deben ser tenidas en cuenta a la hora de iniciar una acción legal para hacer frente a un incidente que afecte a la reputación empresarial digital:

a) En primer lugar, deben tenerse en cuenta la viabilidad y posibilidades de éxito del ejercicio de una acción judicial, teniendo en cuenta que en la gran mayoría de ocasiones los comentarios publicados no dejarán de ser comentarios subjetivos amparados en la libertad de expresión y frente a los que no procedería entonces acción judicial alguna. Es necesario diferenciar, por tanto, entre comentarios negativos y acciones denigratorias. Los primeros, en la medida que sean realizados por un usuario verdadero y respondan, en su caso, a hechos ciertos, no serían atacables jurídicamente por ser valoraciones subjetivas y discrecionales basadas en su experiencia personal. Cuando esos comentarios subjetivos se extralimitan, o simplemente son falsos, podríamos encontrarnos ante un acto denigratorio para el empresario turístico, que podría justificar el inicio de una acción judicial.

No obstante, para que ello ocurra, tendríamos que encontrarnos ante una serie de circunstancias concurrentes: posibilidad de acreditación de los hechos objetivos y de la falsedad de los mismos, imputabilidad de los mismos a una persona (con el problema, a estos efectos, de que, en muchas ocasiones, estos comentarios son anónimos); idoneidad denigratoria del comentario negativo (no solo por su propio contenido sino también por otros elementos como el alcance de su difusión y las opiniones del consumidor medio); perjuicio al hotel que se concreta en unos daños concretos y tangibles y, finalmente, relación de causalidad.

b) En segundo lugar, deben tenerse en cuenta los largos trámites y plazos que conlleva un procedimiento judicial, frente a la inmediatez que requiere la resolución de un incidente de este tipo. Y deben tenerse en cuenta asimismo los costes derivados del procedimiento judicial (abogado, procurador, tasas judiciales,...) y si compensa la asunción de los mismos en comparación con las eventuales pérdidas derivadas de la disminución de clientes y pernотaciones causada por la publicación del comentario negativo.

c) En tercer lugar, no ha de olvidarse que el daño derivado del ataque a la reputación de una empresa realizado a través de Internet es difícilmente reparable de manera total. La difusión de una información publicada en el contexto electrónico no tiene límites y, aun en el caso de que la información fuera retirada de la página de opinión (por su contenido ilícito, falso o inconveniente), siempre se pueden mantener y difundir copias, pantallazos o descargas realizados antes de la eliminación.

d) En cuarto lugar, téngase en cuenta que, conforme a la legislación vigente y la jurisprudencia recaída en la materia, el empresario titular de la página web donde se publica el comentario negativo (en su caso, acción denigratoria) no es responsable por el mismo, al menos mientras no tiene conocimiento de su carácter ilícito; debiendo, en su caso, a partir de ese conocimiento, proceder a la retirada de tal comentario.

Por tanto, las webs de valoración, no responden de los comentarios que los usuarios realizan en sus páginas, siempre y cuando desconozcan la ilicitud del comentario publicado o, en caso de conocerla, lleven a cabo las gestiones oportunas para eliminarlo. Entonces lo que ha de hacer el hotelero es informar de inmediato

a la página de valoración de la falsedad del comentario para que este lo retire inmediatamente ya que, tanto la ley como la jurisprudencia, consideran responsable únicamente al autor de los comentarios y no, en nuestro caso, a los sitios webs de valoración.

e) Finalmente, el empresario hotelero que se plantea iniciar un litigio por un comentario negativo publicado en un sitio web de valoración o la página web de una OTA (On-line Travel Agency) debe tener en cuenta el llamado “efecto Streisand”, fenómeno en el que un intento de ocultamiento de cierta información en Internet acaba siendo contraproducente, ya que esta acaba siendo ampliamente divulgada, recibiendo mayor publicidad de la que habría tenido si no se la hubiese pretendido acallar (HOSTELTUR, 2016a).

3. Medidas preventivas y acciones reactivas alternativas no judiciales ante un ataque a la reputación digital empresarial. Iniciativas individuales y colectivas o sectoriales.

Aun cuando es cierto que el empresario turístico afectado por una opinión negativa o falsa dispone de las acciones legales y judiciales que acabamos de exponer, lo cierto es que el empresario, como hemos apuntado, debe valorar seriamente la conveniencia y los efectos de ejercer alguna de esas acciones. Pues, efectivamente, el camino puede ser largo e incierto e incluso contraproducente en la medida que se puede acabar dando mayor difusión y transcendencia al comentario de la que hubiera tenido inicialmente.

Por ello, ante este tipo de incidentes, lo imprevisible de sus efectos, y la dificultad de hacer frente a los mismos por las vías tradicionales, es recomendable la existencia de medidas preventivas por parte de la empresa para evitar los mismos y sus efectos y, una vez que inevitablemente se producen, medidas reactivas para hacerles mismos por vías alternativas a las tradicionales, más rápidas, eficaces y convenientes para la empresa.

En la práctica han surgido distintas iniciativas, individuales y colectivas, más o menos afortunadas como veremos. Las más relevantes, y entendemos que adecuadas, son las iniciativas sectoriales entre las que ha de mencionarse la aprobación por HOTREC (Asociación Empresarial Europea de Hoteles, Restaurantes y Cafeterías), organización representativa de la industria hotelera europea, del documento “Benchmarks of Fair Practices in On-line Distribution”, que, en su versión de 2014, aprobada en Riga, incluye un extenso apartado dedicado a la valoración de servicios por parte de clientes.

3.1. Actuaciones individuales directas del empresario de alojamiento sobre sus clientes en el ámbito de su relación contractual

Desde el punto de vista práctico, y al margen de las medidas legales que hemos visto deben ejercitarse por la vía judicial, existen algunos supuestos en que el empresario turístico de alojamiento afectado por una opinión negativa ha actuado directamente sobre el cliente que ha emitido tal opinión, supuestamente al amparo de una cláusula o previsión aplicable a la relación contractual que les une en virtud del contrato de alojamiento o hospedaje:

a) Así, en Hudson (Nueva York) un hotel amenazaba supuestamente a las parejas que planeaban celebrar su boda en sus instalaciones con multas de 500 dólares por cada comentario negativo que sus invitados subieran a cualquier web. Esta estrategia del hotel tuvo el resultado contrario al esperado, por las críticas recibidas de sus potenciales clientes e incluso en las web de comentarios y opiniones bajó su calificación; por ello, fue suprimida⁴.

⁴ Concretamente, en la página web del establecimiento hotelero se disponía lo siguiente: “Si has reservado el hotel para una boda o cualquier otro evento y nos has hecho un depósito de cualquier tipo, se impondrá una multa de 500 dólares que será deducida de tu depósito por cada comentario negativo que se cuelgue en cualquier web por cualquiera de tus invitados”. “Tus invitados pueden no comprender lo que ofrecemos; por eso esperamos que seas tú el que se lo expliques”. Cfr., más extensamente, http://www.hosteltur.com/170990_multas-clientes-hotel-comentarios-negativos-redes-sociales.html (fecha de consulta: diciembre 2014) (HOSTELTUR, 2016b).

b) En el Reino Unido, más recientemente, las autoridades de Comercio británicas han investigado el caso de un hotel de la localidad de Blackpool que multó a una pareja de clientes con 100 libras, que les fueron cargadas en su tarjeta de crédito por emitir una mala crítica en TripAdvisor. La advertencia sobre la multa estaba en una pequeña nota en el formulario de inscripción del hotel. La nota indica que por cualquier mala crítica en un website cargarán un máximo de 100 libras (cuando el precio de la habitación era de solo 36 libras)⁵.

Desde el punto de vista jurídico es obvio que la validez de tal tipo de previsiones es más que dudosa y claramente atacable por distintas vías en el ámbito puramente contractual: en primer lugar, por la vía de la incorporación al contrato que vincula al hotelero con sus clientes (simple incorporación por remisión a la página web, tamaño de letra difícilmente legible en la letra pequeña del formulario de inscripción); y, en segundo lugar, por la vía del control de contenido, que resulta claramente abusivo en ambos supuestos (por cuanto en el primer caso, se les responsabiliza por acciones de terceros, y en el segundo supuesto, la sanción escapa de cualquier posible finalidad indemnizatoria y es claramente excesiva y desproporcionada). Todo ello sin perjuicio de consideraciones vinculadas a principios ajenos a la relación contractual como la libertad de los usuarios a expresar libremente sus opiniones.

En cualquier caso, al margen de estas consideraciones jurídicas, lo cierto es que, desde el punto de vista económico, este tipo de acciones puede acabar teniendo de forma inmediata un efecto contrario al perseguido, perjudicando en mayor medida a la reputación empresarial por la gran difusión de este tipo de noticias. A no ser que, precisamente, se trate de una acción de marketing dirigida a aprovecharse de esa gran difusión a medio plazo.

3.2. Iniciativas individuales en el ámbito de la relación contractual hotelero-OTA (On-line Travel Agency)

Ante la dificultad para hacer frente a los efectos derivados de la publicación de un comentario negativo por las vías tradicionales, es recomendable la existencia de medidas preventivas por parte del empresario hotelero, para evitar los mismos y sus efectos. Y, una vez que inevitablemente se producen, medidas reactivas para hacerles frente por vías alternativas a las tradicionales, más rápidas, eficaces y convenientes para la empresa.

Estas medidas, tanto preventivas como reactivas, podrían pactarse en el ámbito de la relación contractual que une al empresario de alojamiento con la OTA (On-line Travel Agency) que comercializa parte de sus plazas. Entre las medidas preventivas, podría tratarse cuestiones como la evitación del anonimato, de forma que sea posible identificar al opinante; la exigencia de que el opinante sea efectivamente un cliente real y así lo acredite a través de la entrega del correspondiente documento acreditativo (factura del hotel, documento de registro en el hotel,...), etc. Entre las medidas reactivas, la comunicación inmediata al empresario hotelero de la publicación de un comentario sobre su establecimiento a través de un sistema electrónico de alertas automatizado, medidas para la comprobación de la veracidad o falsedad de las críticas, compromiso de retirada de aquellas críticas falsas o injustificadas, sistemas de reacción rápida ante chantajes al hotelero ...

No obstante, ha de tenerse en cuenta que, dada la estructura atomizada del tejido empresarial del sector hotelero, la posición dominante en la relación contractual es de la OTA (On-line Travel Agency), que será quien impondrá sus condiciones, sin tener muy en cuenta, hasta la fecha, las reivindicaciones de los empresarios hoteleros en estas materias.

⁵ En efecto, en este supuesto tal previsión es claramente abusiva. Como señala Hosteltur, fuente de la noticia, la pareja afectada pasó solo una noche en el hotel, un establecimiento de 3 estrellas llamado Broadway Hotel, por la que pagaron 36 libras. Además, hay que tener en cuenta que el hotel ocupa el puesto número 858 de los 894 establecimientos sobre los que TripAdvisor ofrece comentarios en Blackpool. El hotel tiene 256 comentarios en esa web, de los cuales 191 son muy negativos, calificándolo de "malo" o "terrible". Si calculamos que hubiera recaudado las 100 libras por cada uno de ellos, se podría haber embolsado 19.100 libras (23.900 euros) con esta práctica. Cfr., más extensamente, http://www.hosteltur.com/185160_hotel-sanciona-dos-clientes-mala-critica-tripadvisor.html (fecha de consulta: diciembre 2014) (HOSTELTUR, 2016c).

Y no puede olvidarse tampoco que en muchos casos, la publicación de comentarios se realiza en páginas web que no ya de OTA (On-line Travel Agencies) sino de sitios de opinión o motores de búsqueda con los que el empresario hotelero no tiene relación contractual alguna, ni, en consecuencia, posibilidad de negociar estas cuestiones en el ámbito de su relación internas, inexistentes en este caso.

3.3. Iniciativas sectoriales: las directrices de HOTREC (Asociación Empresarial Europea de Hoteles, Restaurantes y Cafeterías): Los puntos de referencia de prácticas equitativas en la distribución en línea (versión 2014). Eficacia

En la práctica han surgido distintas iniciativas, individuales y colectivas, más o menos afortunadas. Las más relevantes, y entendemos que adecuadas, son las iniciativas sectoriales entre las que ha de mencionarse la aprobación por HOTREC (Asociación Empresarial Europea de Hoteles, Restaurantes y Cafeterías), entidad representativa de la industria hotelera europea, del documento “Benchmarks of Fair Practices in Online Distribution”, que, en su versión de 2014, aprobada en Riga, incluye un extenso apartado dedicado a la valoración de servicios por parte de clientes.

Como acabamos de señalar, las iniciativas individuales o colectivas expuestas hasta el momento, desde el punto de vista jurídico, resultan o bien desafortunadas, por presentar aspectos de legalidad dudosa, o bien poco viables en la práctica. En cambio, como iniciativa positiva, ha de mencionarse, la aprobación por HOTREC (Asociación Empresarial Europea de Hoteles) del documento “Benchmarks of Fair Practices in Online Distribution”, que, en su versión de 2014, aprobada en Riga, incluye un extenso apartado dedicado a la valoración de servicios por parte de clientes (HOTREC, 2016).

Este documento ha sido elaborado por los miembros de HOTREC (Asociación Empresarial Europea de Hoteles) por el creciente número de hoteleros que se preocupa por el trato injusto recibido por parte de los intermediarios. Según se señala en el Preámbulo del documento, existen más 200.000 hoteles y establecimientos similares en todo Europa (la mayoría de ellos pequeñas y medianas empresas) a los que resulta a menudo difícil de soportar el poder de los intermediarios en la distribución en línea. Por ello, se proponen en el documento una serie de puntos de referencia que se plantean como propuestas de solución para conseguir un mercado más transparente y equilibrado que permitirá, en última instancia, que los clientes tomen decisiones basándose en una información transparente y fiable.

Como hemos señalado la industria hotelera, estructurada de forma atomística mayoritariamente a través de pequeñas y medianas empresas, tiene cada vez mayor dependencia de un número de intermediarios cada vez más reducido y con mayor peso. De ahí que un número cada vez mayor de hoteles considere que está perdiendo el control de su producto como consecuencia de la presión ejercida por los intermediarios para la distribución electrónica. Y por ello los empresarios hoteleros consideran que se enfrentan en el campo de la distribución digital a prácticas desequilibradas e injustas. Para hacer frente a esta situación, HOTREC (Asociación Empresarial Europea de Hoteles) publica estos puntos de referencia para unas prácticas equitativas en la distribución en línea a fin de mantener los mercados transparentes, abiertos y competitivos en beneficio de los clientes, intermediarios y hoteles.

Entre esas prácticas poco equitativas denunciadas por los hoteleros se incluye, precisamente, tal como se explicita en el preámbulo del documento de HOTREC (Asociación Empresarial Europea de Hoteles), el tema de las críticas en línea. A ellas se dedica un extenso apartado, el número 17, que, con un encabezado genérico en el que se proclama que en las opiniones o valoraciones de los clientes debe evitarse la manipulación, el uso indebido y el fraude (17. Guest reviews must be prevented from manipulation, misuse and fraud), se concreta en hasta 10 subapartados, que tienen básicamente el siguiente contenido:

17.1. Respeto a la no discriminación. Los sitios de reserva y de valoración se asegurarán de que las leyes



europas y nacionales de no discriminación en el país de la propiedad sean respetados en todas las etapas, también por los clientes.

17.2. El control editorial. Las opiniones de los clientes solo se publicarán después de la verificación por el personal editorial cualificado de la autenticidad, la fiabilidad, y la legalidad de la entrada.

17.3. Anonimato. Incluso cuando se considere que el anonimato es esencial, el proveedor del sitio debe verificar la identidad de los usuarios y, por tanto reconfirmar las direcciones de correo electrónico utilizadas por los clientes y no incluir direcciones de correo electrónico temporales.

17.4. Clientes reales. Los proveedores de sitios deben asegurarse de que los comentarios de un hotel se proporcionan solo por los huéspedes que se han alojado en el hotel. Por lo tanto, los huéspedes deben indicar su fecha de estancia en el hotel y referirse únicamente a las instalaciones del hotel de las que realmente han hecho uso. Los clientes deben tener la posibilidad de expresar sus comentarios también a través de los textos "abiertos".

17.5. Neutralidad. La información que aparece en los sitios de valoración debe ser veraz y no sesgada con el fin de desviar al usuario a los canales de reserva de terceros o por otros motivos.

17.6. Garantía de calidad. El sitio de valoración debe indicar la fuente de opiniones individuales, si originalmente se derivan de la página web de un tercero, con el fin de ofrecer a los huéspedes y los hoteleros la posibilidad de seguir el rastro de la opinión.

17.7. Correcta y actualizada de datos. Los proveedores de los sitios webs deberán garantizar que los datos de contacto del hotel, contenidos básicos, la disponibilidad o las tarifas que aparecen en sus sitios se muestren con exactitud, y que los cambios solicitados por los propietarios para estos datos se lleven a cabo con prontitud.

Los sitios solo deben mostrar opiniones actuales. Después de un máximo de dos años, las valoraciones ya no deberían influir en la calificación y deben ser eliminadas automáticamente.

17.8. Criterios de evaluación. Los proveedores de valoraciones deben proporcionar al usuario los criterios de evaluación que son relevantes con adecuados niveles de detalle, según las características del hotel, y estar abiertos a preguntas adicionales a petición del hotel.

17.9. Derecho de réplica. En caso de publicación de una valoración (positiva o negativa), los sitios deben informar al hotel de forma automática al respecto (por ejemplo, mediante un sistema de "alerta" vía e-mail) y ofrecer el hotel la oportunidad de reaccionar. Tal procedimiento permitirá al hotel evaluar y gestionar quejas de los huéspedes de forma activa y sin demora. Cuando esté disponible, también debe hacerse uso de los defensores oficiales para la industria hotelera y sus servicios de mediación.

17.10. La seguridad jurídica. Las valoraciones deben ser veraces y basadas en las experiencias personales de sus autores. Los hoteleros tienen el derecho legal de protección contra las críticas difamatorias, chantaje, etc., y los usuarios deben ser informados. Las declaraciones falsas de hechos deben ser retiradas de los sitios de una manera rápida y no burocrática.

Como se puede observar, estos diez principios que acabamos de exponer abordan cuestiones clave para el correcto funcionamiento de las páginas web de valoración del sector hotelero y que hoy día resultan problemáticas (falta de control editorial, inexistencia de herramientas que prevengan la manipulación de las opiniones, falta de actualización de los datos, inexistencia de derecho de réplica por parte del empresario hotelero, etc. ...) con posibles perjuicios para la reputación corporativa digital de los empresarios turísticos afectados.

El documento en el que están contenidos estos principios no es, obviamente, un documento vinculante para

los agentes implicados; tales principios no pasarían de ser simples recomendaciones. No obstante, para dar a conocer los mismos, y la previa problemática existente, la industria hotelera los ha hecho llegar a las instituciones comunitarias y ha mantenido contactos con los principales sitios web de Europa implicados en la comercialización on-line de plazas de alojamiento. De esta forma, estos principios, sin ser norma jurídica en sentido estricto, podrían llegar a considerarse como parte del “soft law” que se caracteriza, como es sabido, no por imponer soluciones sino más bien por intentar convencer a las partes involucradas, creando un estado de opinión favorable a su cumplimiento y persiguiendo, también, en última instancia, influir en eventuales iniciativas legislativas que pudieran existir al respecto.

4. Un supuesto concreto: la sanción a TripAdvisor por la Autorità Garante de la Concorrenza e del Mercato en Italia

El organismo regulador de la competencia en Italia (AGCM, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato), ha impuesto en diciembre de 2014 una multa de 500.000 euros a TripAdvisor por considerar que no ha aplicado los controles necesarios para evitar críticas fraudulentas. La resolución, de 19 de diciembre de 2014, tiene su origen en la reclamación presentada por la patronal hotelera italiana, Federalberghi (Federazione delle Associazioni Italiane Alberghi e Turismo).

El procedimiento iniciado tiene por objeto la práctica consistente en la difusión de información engañosa sobre las fuentes de las valoraciones publicadas, respecto de las que los instrumentos y procedimientos adoptados no resultan adecuados para afrontar el fenómeno de las falsas valoraciones. Y plantea la aplicación de la disciplina del Codice de Consumo en materia de prácticas Comerciales desleales por difusión de información engañosa sobre las fuentes de las críticas.

La Autoridad de Competencia italiana considera que la web de TripAdvisor ha alojado comentarios falsos y engañosos, una práctica consentida al menos desde septiembre de 2011. La Autoridad ha determinado que TripAdvisor no ha aplicado los controles necesarios para evitar críticas fraudulentas, promocionándolas y presentándolas a sus usuarios como “auténticas y genuinas” cuando en realidad no es así.

TripAdvisor, pese a no controlar los datos contenidos en las críticas y teniendo conocimiento de que en su página web se publican críticas falsas, en sentido positivo o negativo, por parte de usuarios que no han disfrutado efectivamente de los servicios ofrecidos por el establecimiento incluido en su base de datos, utiliza información particularmente asertiva, y como tal idónea para aumentar la confianza del consumidor sobre el carácter auténtico y genuino de las reseñas publicadas por los usuarios⁶. De ahí la imposición de la sanción.

4.1. Argumentaciones defensivas de TripAdvisor

TripAdvisor sostiene que el funcionamiento de su plataforma no implica ninguna laguna procedimental o informativa que pueda perjudicar la decisión económica de los consumidores, como lo demuestra el hecho de que el 2.6% de las reseñas realizadas por los usuarios han sido bloqueadas antes de su publicación; además, aquellas valoraciones falsas publicadas permanecen por muy poco tiempo gracias a los controles posteriores.

La web de opiniones ha reconocido que no se puede excluir un número marginal de fraudes en su web, aunque ello no la convierte en no fiable ni su contenido deviene falso, y que no es posible impedir que un usuario escriba una valoración inventada.

TripAdvisor ha afirmado el hecho de que el usuario deba dedicar un tiempo para registrarse en el sitio, a fin de realizar una valoración, tiene ya el efecto de evitar la publicación de las valoraciones realizadas como

⁶ Ejemplos de informaciones en tal sentido difundidos por TripAdvisor, y citados por la Autoridad de Competencia italiana, son: a. “Non importa se preferisci le catene alberghiere o gli hotel di nicchia: su TripAdvisor puoi trovare tante recensioni vere e autentiche, di cui ti puoi fidare. ...”. b. “TripAdvisor offre consigli di viaggio affidabili, pubblicati da veri viaggiatori”.

un juego o una broma y desincentiva a aquel que no tiene intención de entrar a formar parte de la comunidad de TripAdvisor.

TripAdvisor ha declarado que no es posible impedir a un usuario escribir una valoración inventada precisando pero que tal valoración sería idónea para alterar el comportamiento de los usuarios, por tratarse de un fenómeno aislado.

La realización de tales reseñas no tendría relevancia alguna porque: a) las otras valoraciones efectuadas para el mismo establecimiento aislarían la valoración falsa; b) la réplica del propietario sería adecuada para neutralizar la falsa valoración negativa.

TripAdvisor sostiene que las conductas cuestionadas por la Autoridad no constituyen una práctica comercial desleal, argumentando que las expresiones cuestionadas por la Autoridad se utilizan con la sola finalidad de distinguir el propio servicio del de otros empresarios. Los consumidores serían así capaces de comprender tales mensajes y, por tanto, no serían conducidos a percibirlos como indicio de certeza y fiabilidad del contenido del sitio.

4.2. La decisión de la Autoridad de la Competencia

A la vista del funcionamiento de TripAdvisor, la Autoridad italiana de Competencia concluye que la conducta cuestionada constituye una práctica comercial desleal.

Así, de entrada señala que TripAdvisor ofrece a los consumidores un servicio de comparación de establecimientos turísticos, promocionándolo con el recurso a slogans destinados a aumentar el grado de fiabilidad de las opiniones publicadas en su sitio web. Se transmite al consumidor la idea de que puede fiarse de las opiniones publicadas por cuanto las mismas son ciertas, auténticas y se corresponden con la opiniones sinceras de millones de viajeros. Veracidad y autenticidad son remarcadas por TripAdvisor, que afirma que ofrece consejos de viaje fiables, precisando que los mismos son publicados por verdaderos viajeros. La conducta y las comunicaciones comerciales de TripAdvisor asumen, pues, según la Autoridad, un papel central en la decisión de los consumidores, que, confiando en el proclamado carácter auténtico y genuino, las utilizan para orientar sus propias preferencias y elegir entre los servicios ofrecidos por los establecimientos presentes en su base de datos.

En realidad, considera la Autoridad de Competencia italiana, TripAdvisor no está en posición de garantizar de forma efectiva el carácter genuino de su contenido informativo. En concreto, sostiene que TripAdvisor no está nunca en posición de garantizar la veracidad de la información contenida en las opiniones, por cuanto el sistema de control de que se ha dotado no permite establecer si las mismas son fruto de una experiencia turística real o resultado de una actividad fraudulenta o sospechosa.

Según la Autoridad, en las actuaciones practicadas en el procedimiento, TripAdvisor afirma expresamente no realizar comprobaciones sobre los hechos referidos en los comentarios, por cuanto sería imposible dado el elevado número de comentarios lanzados por los usuarios (TripAdvisor habla de una reseña por segundo).

De acuerdo con lo declarado en el procedimiento, TripAdvisor utiliza un sistema de control automático y un sistema de control manual, tanto anterior como posterior a la publicación del comentario. La Autoridad de Competencia considera que los recursos humanos destinados al desarrollo de tales actividades son muy limitados, por cuanto para Europa el grupo de investigación está formado por 5 personas (de las que solo una conoce la lengua italiana).

Todos los comentarios publicados, incluidos aquellos que son falsos o que TripAdvisor considera inventados o lanzados a modo de broma, tienen una incidencia directa, sea sobre el ranking de los establecimientos, sea sobre el rating que contribuye a determinar la posición de los establecimientos en el índice de popularidad; y, por este motivo, aquellos que son falsos alteran la decisión de los consumidores.

Por otra parte, concluye la Autoridad de la Competencia a la vista de lo expuesto en el procedimiento, que la realización de comentarios falsos resulta muy fácil, debido a la simplicidad del proceso de registro de los usuarios. P.ej., es posible lanzar un comentario de forma anónima a través de la utilización de un nickname.

Tampoco el control que TripAdvisor dice efectuar sobre los comentarios ya publicados es considerado ineficaz por la Autoridad de Competencia a fin de permitir a los consumidores una elección consciente e informada. Los mecanismos de funcionamiento de la base de datos, de hecho, permiten una rápida y amplísima difusión de la información, aunque no sea cierta, entre una amplísima base de consumidores. Tales comentarios, aunque permanecieran en la base de datos por un breve periodo de tiempo, estarían en posición de influir de inmediato sobre las opciones y elecciones de los consumidores.

Finalmente, respecto de la facultad de réplica concedida a los representantes oficiales de los establecimientos, las mismas tienen solo naturaleza informativa y no inciden sobre los efectos producidos por los comentarios publicados sobre los índices de popularidad ni determinan tampoco la retirada automática del comentario. Además la mencionada facultad de réplica es irrelevante si el perfil de la estructura no es gestionado por un representante oficial, al que le resulta imposible intervenir sobre la opinión.

En suma, concluye la Autoridad italiana de Competencia que TripAdvisor transmite a los consumidores información engañosa por cuanto el sistema de control utilizado no permite verificar el carácter genuino y verdadero de los comentarios.

Frente a lo sostenido por TripAdvisor, que alega que los consumidores son implícitamente conocedores del fenómeno de los comentarios falsos y suficientemente expertos para reconocerlos, sostiene la Autoridad que la difusión de la práctica comercial a través de Internet refuerza el carácter engañoso de la información difundida, por cuanto la misma es susceptible de llegar a una amplísima audiencia de consumidores, no todos ellos necesariamente con conocimiento del fenómeno de las falsas reseñas y, por tanto, no todos en posición de orientar conscientemente las propias opciones de consumo ante un cuadro informativo alterado.

Por otra parte, insiste la Autoridad de Competencia italiana, la asertividad de las comunicaciones comerciales de TripAdvisor hace imposible una interpretación distinta del mensaje por parte de los consumidores. Estos, en virtud de los slogans utilizados (algunos presentes ya en la homepage del sitio de internet, con ocasión del primer contacto que se establece entre el consumidor y TripAdvisor), no pueden más que considerar atendibles y fiables los comentarios publicados en la base de datos. Y, en este sentido, apunta a los efectos de las falsas reseñas positivas realizadas con la finalidad de aumentar el índice de popularidad y de cuyo contenido informativo y veracidad el consumidor no tiene motivos para dudar.

En conclusión, conforme al criterio de la Autoridad de la Competencia, las conductas de TripAdvisor cuestionadas y examinadas consistentes en la difusión de información sobre el carácter auténtico, verdadero y genuino de los comentarios publicados en su web presentan las características de una práctica comercial desleal que infringe los art. 20, 21 y 22 del Codice de Consumo, resultando idóneas para inducir a error a un amplio número de consumidores, respecto de la naturaleza y las características principales del producto y para alterar su comportamiento económico. En concreto, los consumidores confían para sus decisiones económicas en una web comparativa basada en valoraciones sobre los establecimientos buscados que se presentan como verdaderas, genuinas y auténticas, cuando resulta que existe un sistema de control ineficaz para satisfacer las expectativas del consumidor, creadas por las propias afirmaciones publicadas por TripAdvisor en su web.

Respecto al incumplimiento de la diligencia profesional exigible, en el presente supuesto considera que la Autoridad de Competencia italiana que se produce por cuanto TripAdvisor, siendo conocedora del funcionamiento del propio sistema y de sus límites intrínsecos, a la vista de la opción realizada sobre el modelo de negocio a desarrollar, tiene cuanto menos la obligación de poner a disposición de los consumidores una información clara, exhaustiva y verdadera. Por todo ello considera que las prácticas examinadas resultan manifiestamente contrarias a las obligaciones de diligencia profesional impuestas por el Codice de Consumo ex art. 20, 2, a todos los operadores económicos respecto de la modalidad de ejercicio o promoción de su

propia actividad comercial frente a los consumidores. El cumplimiento de tal obligación resulta todavía más relevante en el caso de servicios ofrecidos on-line, debido al amplísimo número de consumidores potencialmente involucrados.

4.3. Recurso y revocación de la sanción por el Tribunal Administrativo Regional (TAR) del Lazio

Tras esta decisión de la Autoridad de Competencia italiana, TripAdvisor publicó un comunicado oficial en el que declaraba su intención de recurrirla por considerarla poco razonable e insostenible. En su comunicado oficial la compañía afirmaba que las recomendaciones de la Autorità estaban injustificadas eran ajenas a las realidades comerciales; sus normas de tolerancia cero significaban, según TripAdvisor, que “habrían fallado en su contra si una opinión de entre millones se considerara cuestionable.

Tras la presentación de la apelación, en julio de 2015 el Tribunal Administrativo Regional (TAR) del Lazio considera que Tripadvisor aplica sistemas de control eficaces, aun cuando un control absoluto es imposible; que no ha sostenido que todas las reseñas sean ciertas, y que debe valorarse la tendencia general de las valoraciones y no todas y cada una de ellas de forma aislada y que la existencia de valoraciones falsas no altera el comportamiento económico de los consumidores; por todo lo cual ha retirado la multa.

5. Conclusiones

Como hemos expuesto, en la actualidad es bien conocida la relevancia de los nuevos canales electrónicos para la comercialización de plazas de alojamiento turístico. Se trata de una nueva vía, de gran importancia práctica para los empresarios de alojamiento, para la promoción de sus productos o servicios y que permite llegar a un mayor número de potenciales clientes con unos costes no excesivamente elevados. No obstante, junto a estas evidentes ventajas, debe tenerse en cuenta la existencia de posibles riesgos. En particular, nos hemos centrados en este trabajo en la hipótesis en la que un tercero publica una información negativa sobre un establecimiento de alojamiento en Internet (los denominados reviews) lo que puede afectar a la denominada reputación corporativa digital. Pero teniendo cuenta también la posibilidad de que se publiquen comentarios falsos de carácter positivo inducidos o introducidos por el propio empresario beneficiado. Es, en suma, el problema más amplio de la publicación de valoraciones falsas, sean negativas o positivas.

En el supuesto objeto de este trabajo, centrado en las empresas turísticas y particularmente los titulares de establecimientos de alojamiento, los mismos están expuestos a este tipo de opiniones negativas, incluso, como ya hemos apuntado, sin tener presencia directa en Internet.

De entrada, cuando el propio prestador de servicios turísticos tiene su propia página web a través de la que ofrece de forma directa sus servicios al usuario final, es habitual incluir un espacio para la expresión de opiniones por parte de usuarios; no obstante, en estos caso, el propio empresario tendrá un control sobre las entradas y contenidos de tal apartado de opinión.

El problema surge cuando no tiene tal control directo, y ello ocurre cuando recurre para la comercialización de sus servicios a entidades intermediarias como las centrales de reservas (OTA). En tal caso, el empresario turístico está expuesto a opiniones vertidas por terceros en una página web ajena sobre la que, en principio, no tiene control: pueden ser opiniones subjetivas, informaciones verdaderas o falsas, vertidas por clientes reales o clientes inexistentes, clientes anónimos o identificados. Es cierto que en las relaciones contractuales interempresariales que vinculan al hotelero con la OTA podría abordarse y regularse el tema de las opiniones negativas por terceros, pero no olvidemos que, en estos momentos, quienes tienen la posición económica dominante en esa relación contractual son habitualmente las OTA, que acaban imponiendo sus condiciones a los proveedores de servicios turísticos.

Y el problema mencionado se agrava cuando tales opiniones se expresan a través de otras entidades que, como hemos apuntado, no son en sentido estricto intermediarios, aun cuando influyen de forma indirecta pero

muy relevante en la actividad de comercialización de servicios turísticos: son los denominados On-line Review Sites o sitios de valoración on-line que permiten a la persona interesada en una determinada prestación (p.ej. alojamiento) búsquedas y comparativas sobre los servicios turísticos ofrecidos por distintos proveedores y también la expresión de opiniones sobre tales servicios por parte de sus usuarios. Tales opiniones son tenidas muy en cuenta por potenciales clientes a la hora de tomar una decisión sobre si contratar o no un servicio (p.ej., el alojamiento en uno y no otro establecimiento hotelero). Y, en este caso, el empresario de alojamiento afectado sobre tales opiniones no tiene en principio relación contractual alguna con la entidad que aloja tales opiniones y es posible incluso que, ni siquiera, tenga presencia corporativa en internet (web propia, Facebook, ...).

Aun cuando en principio el empresario afectado por una opinión negativa tiene la posibilidad de ejercer en sede judicial alguna de las acciones legales mencionadas en este trabajo, consideramos que debe valorarse de forma previa la efectiva viabilidad de las mismas, las posibilidades de éxito o fracaso, y, aun caso de prosperar la acción ejercida, las posibles consecuencias que pueden derivarse de tal iniciativa, no ya únicamente desde el punto de vista jurídico sino también económico, empresarial y reputacional. En efecto, existen una serie de cuestiones, en muchos casos relacionadas con el contexto electrónico, que deben ser tenidas en cuenta a la hora de iniciar una acción legal para hacer frente a un incidente que afecte a la reputación empresarial on-line. Pues, efectivamente, el camino puede ser largo e incierto e incluso contraproducente en la medida que se puede acabar dando mayor difusión y trascendencia al comentario de la que hubiera tenido inicialmente.

Por ello, ante este tipo de incidentes, lo imprevisible de sus efectos, y la dificultad de hacer frente a los mismos por las vías tradicionales, es recomendable la existencia de medidas preventivas por parte de la empresa para evitar los mismos y sus efectos y, una vez que inevitablemente se producen, medidas reactivas para hacerles mismos por vías alternativas a las tradicionales, más rápidas, eficaces y convenientes para la empresa. En la práctica han surgido distintas iniciativas, individuales y colectivas, más o menos afortunadas como hemos visto.

Por una parte, hemos hallado algunas actuaciones individuales directas del empresario de alojamiento sobre sus clientes en el ámbito de su relación contractual, consistentes, básicamente, en la imposición de sanciones a aquellos clientes que publiquen comentarios negativos sobre el establecimiento en Internet, supuestamente al amparo de una cláusula o previsión aplicable a la relación contractual que les une en virtud del contrato de alojamiento o hospedaje. Consideramos que estas iniciativas individuales, desde el punto de vista jurídico, resultan cuanto menos desafortunadas, por presentar aspectos de legalidad dudosa.

Más relevantes, y entendemos que adecuadas, son las iniciativas sectoriales entre las que ha de mencionarse la aprobación por HOTREC, asociación representativa de la industria hotelera europea, del documento "Benchmarks of Fair Practices in Online Distribution", que, en su versión de 2014, aprobada en Riga, incluye un extenso apartado dedicado a la valoración de servicios por parte de clientes y cuyos elementos clave entendemos que son las exigencias relativas al anonimato, el control editorial y los clientes reales. Los principios establecidos en este documento, sin ser norma jurídica en sentido estricto, podrían llegar a considerarse como parte del "soft law" que se caracteriza, como es sabido, no por imponer soluciones sino más bien por intentar convencer a las partes involucradas, creando un estado de opinión favorable a su cumplimiento y persiguiendo, también, en última instancia, influir en eventuales iniciativas legislativas que pudieran existir al respecto.

Finalmente, ha de mencionarse y valorarse la sanción impuesta a TripAdvisor por la Autorità Garante de la Concorrenza e del Mercato en Italia. Como es sabido, el organismo regulador de la competencia en Italia ha impuesto recientemente una multa de 500.000 euros a TripAdvisor por considerar que no ha aplicado los controles necesarios para evitar críticas fraudulentas. En particular, conforme al criterio de la Autoridad de la Competencia, las conductas examinadas de TripAdvisor consistentes en la difusión de información sobre el carácter auténtico, verdadero y genuino de los comentarios publicados en su web presentan las características de una práctica comercial desleal que infringe los art. 20, 21 y 22 del Codice de Consumo, resultando idóneas

para inducir a error a un amplio número de consumidores, respecto de la naturaleza y las características principales del producto y para alterar su comportamiento económico. En concreto, los consumidores confían para sus decisiones económicas en una web comparativa basada en valoraciones sobre los establecimientos buscados que se presentan como verdaderas, genuinas y auténticas, cuando resulta que existe un sistema de control ineficaz para satisfacer las expectativas del consumidor, creadas por las propias afirmaciones publicadas por TripAdvisor en su web.

La primera reflexión que nos merece esta resolución es, como en otras tantas ocasiones, la gran importancia que cobra el Derecho contra la Competencia desleal, ante la insuficiencia de la vía contractual, e incluso de otras vías alternativas. Asimismo, en segundo lugar, ante la cuestión de si los argumentos de la Autoridad italiana de Defensa de la Competencia son extrapolables al derecho de español (y, en definitiva, al de otros estados miembros de la Unión Europea, pues no se olvide que nos hallamos ante un problema global que supera límites fronterizos), cabe señalar que en principio nos hallamos tanto en el derecho español como en el comunitario un marco normativo similar que harían posible, en principio, tal extrapolación. Cuestión distinta es la apreciación en cada caso de conceptos jurídicos indeterminados relevantes (tales como consumidor medio, características principales del productos, distorsión significativa del comportamiento,...), apreciación de la que dependerá, en última instancia, el éxito de la iniciativa. Iniciativa que, en el caso italiano, como hemos expuesto, ha finalizado con la revocación de la sanción por parte del Tribunal Administrativo del Lazio.

Señalar, finalmente, que esta problemática desaparecería, o se minimizaría, en el supuesto de que TripAdvisor adoptara medidas más rigurosas, en materia de registro (impidiendo comentarios anónimos), de control de la realidad de la condición de cliente (exigiendo documentación acreditativa al respecto) y de control editorial de contenidos, tal como hemos visto demanda HOTREC (Asociación europea de Hoteles, Bares y Cafeterías) en la Guía de buenas prácticas en el comercio hotelero on-line en 2014. Obviamente estas exigencias introducirían una mayor rigidez en el funcionamiento de esta web de opiniones que, a la vista de su modelo de funcionamiento, parece ser partidaria de una mayor flexibilidad.

Cómo citar este artículo / How to cite this paper

Martínez, A.; Rosselló, F. M. (2016). La experiencia del cliente: análisis jurídico de la publicación online de comentarios de clientes (reviews). En particular, el caso de TripAdvisor. *International Journal of Information Systems and Tourism (IJST)*, 1(1), 92-106. (www.ijst-tourism.com)

Referencias

- HOSTELTUR (2016a). Chantajes en TripAdvisor: la vía judicial no es la solución. (http://www.hosteltur.com/177790_chantajes-tripadvisor-via-judicial-no-es-solucion.html)
- HOSTELTUR (2016b). Multas a los clientes de un hotel por comentarios negativos en redes sociales. (http://www.hosteltur.com/170990_multas-clientes-hotel-comentarios-negativos-redes-sociales.html)
- HOSTELTUR (2016c). Un hotel sanciona a dos clientes por una mala crítica en TripAdvisor. (http://www.hosteltur.com/185160_hotel-sanciona-dos-clientes-mala-critica-tripadvisor.html)
- HOTREC (2016). Benchmarks of Fair Practices in Online Distribution. (<http://www.hotrec.eu>)
- Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO) (2012). Guía para empresas: identidad digital y reputación online.
- Martínez Nadal, A. (2013). Las centrales electrónicas de reservas turísticas: breves consideraciones acerca de su naturaleza y régimen jurídico. Libro homenaje al Prof. Dr. José Antonio Gómez Segade.
- Martínez Nadal, A. (2015a). Reputación online de las empresas de alojamiento turístico y publicación por terceros de informaciones negativas (reviews). Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid. (<http://hdl.handle.net/10016/21115>)
- Martínez Nadal, A. (2015b). Publicación en páginas web de valoraciones falsas con incidencia en la reputación digital de los empresarios de alojamiento ¿una práctica desleal?. Revista de derecho mercantil, (297), 139-169.