

JUZGADO MERCANTIL

NUMERO 7

BARCELONA

Procedimiento N° 625/18

SENTENCIA

En Barcelona a 18 de septiembre de dos mil diecinueve

Vistos por mí, D. Raúl N. García Orejudo, Magistrado titular del Juzgado Mercantil n° 7 de esta Ciudad, los autos del juicio ordinario N°625/18, seguidos a instancia de RECABA INVERSIONES TURÍSTICAS S.L. representada por D. Ignacio de Anzizu Pigem Procurador de los Tribunales y defendida por el Letrado D. Carlos Salinas Adelantado, contra TRIPADVISOR SPAIN S.L. y TRIPADVISOR LLC, representados por D. Ángel Quemada Cuatrecasas, Procurador de los Tribunales y defendidos por la Letrada Dña. Ana Castedo García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La demandante, representada por el Procurador D. IGNACIO DE ANZIZU PIGEM, formuló demanda de juicio ordinario sobre competencia desleal contra TRIPADVISOR SPAIN S.L. y TRIPADVISOR LLC, alegó los fundamentos de derecho que estimó oportunos y terminó solicitando del Juzgado que se dictase sentencia de conformidad con sus pretensiones.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda y se emplazó a la demandada para que en el plazo de veinte días contestara a la misma por escrito apercibiéndole de que, de no hacerlo así, se declarararía su situación procesal de rebeldía; la demandada compareció para contestar a la demanda y oponerse a las pretensiones de la actora, solicitando la desestimación de la demanda y la condena en costas de esta última.

TERCERO.- Citados los litigantes al acto de la audiencia previa que tuvo lugar el día 19 de febrero de 2019 en el mismo comparecieron la parte actora y la parte demandada y se celebró con el resultado que consta en la reproducción audiovisual. La práctica de la prueba tuvo lugar en el juicio celebrado en fecha 16 de mayo de 2019.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para dictar sentencia debido a la carga de trabajo de este Juzgado, superior al 350% del módulo aprobado por el CGPJ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Posición de las partes

1. La parte demandante RECABA INVERSIONES TURÍSTICAS S.L. relata en la demanda, como hechos jurídicamente relevantes que fundamentan su pretensión, los siguientes:

1. La demandante es titular y gestiona dos establecimientos de restauración en Valencia llamados MARINA BEACH CLUB VALENCIA y PANORAMA con un volumen total de facturación superior a 13 millones de euros en 2017.
2. La demandada TRIPADVISOR LLC es el gestor de contenidos on line en el sector de hostelería y restauración más conocido en el mundo a través de la web www.TRIPADVISOR.com y los correspondientes dominios en España y aplicaciones. TRIPADVISOR SPAIN provee servicios de apoyo y soporte del grupo en España, así como la identificación de anunciantes de publicidad y gestión de relaciones con los mismos.
3. TRIPADVISOR no solicita ningún tipo de autorización a los hoteles y restaurantes para aparecer en su web, ni sobre cómo aparece su negocio en la misma. Es decir, que la decisión de "exponerse" a este tipo de webs y cómo se expone el negocio, con todos los pros y contras que ello tiene, no la toma el empresario, sino que le es impuesta por TRIPADVISOR.
4. TRIPADVISOR permite, sin casi control alguno, que se viertan todo tipo de opiniones, ya sean, por ejemplo, falsas, ofensivas, o simplemente de sujetos que ni siquiera han estado en el local...; sobre los negocios que hace públicos incluso sin el consentimiento del titular de los mismos. Se convierte así en caja de resonancia de ex trabajadores enfadados, competidores sin escrúpulos,

o empresas generadoras de *fake news* (noticias falsas), por medio de *trolls* (robots). Es decir, el empresario de restauración u hotelero, se ve inmediatamente expuesto a todo tipo de críticas que objetivamente pueden causarle un importante daño comercial, y sobre las ni TRIPADVISOR ejerce criba ni control alguno ni él tiene posibilidad de control alguno.

5. En concreto, TRIPADVISOR ha creado, sin autorización de la parte demandante sendos perfiles públicos de sus restaurantes. Dirección URL
6. RECABA ha solicitado a TRIPADVISOR la retirada de estos dos perfiles d su plataforma
7. Los usuarios de la plataforma han vertido manifestaciones totalmente falsas y dañinas contra a imagen de los restaurantes citados. Concretamente se indican tres a título de ejemplo:
 - a. Comentario 1 (doc. 28 de la demanda con el título "Estafa a la Seguridad Social, personal enchufado mal cualificado, una chapuza de gestión de negocio"
 - b. Comentario 2 (doc.29) bajo el título "Tóxico Beach" recoge que "El tartar de atún nos proporcionó fuertes diarreas a los que lo comimos. Es inconcebible para un restaurante que tiene ínfulas de restaurante elegante".
 - c. Comentario 3 (doc.30), con el título, "Es una empresa sin derechos laborales" indica que "El dueño es un sinvergüenza que no paga horas extra, se queda un 30% de las propinas cuando factura millonadas y no da de alta a los trabajadores las horas que hacen. ES UNA EMPRESA SIN DERECHOS LABORALES. Cómo va a funcionar con los trabajadores malpagados y agotados...Lo mejor de todo es que solo se acerca allí para maltratar y humillar gritando a los empleados delante de toda la gente".
8. Si el titular del negocio quiere hacer cualquier tipo de reclamación, debe inscribirse en TRIPADVISOR, lo que implica que TRIPADVISOR obtiene un lucro con sus datos e historial de búsqueda porque luego los comercializa. Es decir, tiene que transmitir gratis a TRIPADVISOR unos datos para poder ejercitar su derecho a reclamar.
9. Para resolver cualquier conflicto debe dirigirse vía postal a Estados Unidos,
10. Además, si el titular del negocio quiere personalizar la forma en que aparece en TRIPADVISOR, debe inscribirse en TRIPADVISOR, lo que implica que TRIPADVISOR obtiene un lucro con sus datos e historial de búsqueda a TRIPADVISOR porque luego los comercializa.
11. Y si quiere poder contestar en la web a las críticas recibidas debe, además, hacerse una cuenta Premium pagando.

12. Y, finalmente, la única manera de que "borren" un negocio de Tripadvisor es demostrar que el negocio ya no existe. La imposibilidad de eliminar los perfiles de los restaurantes MARINA BEACH CLUB VALENCIA y PANORAMA de la página web de TRIPADVISOR está suponiendo un menoscabo en el honor, imagen, prestigio y crédito comercial de la demandante.
13. Este daño se cuantifica en 668.961,87 euros que es el 5% del volumen de facturación de la sociedad en 2017.

Sobre la base de estos hechos, resumidamente expuestos ejercita las acciones declarativas, de cesación remoción de efectos y de resarcimiento, en aplicación de los arts.4, 12, 15 y 32 de la Ley de Competencia Desleal.

2. La parte demandada alega, en síntesis, los siguientes motivos de oposición:

1. Falta de legitimación pasiva de TRIPADVISOR ESPAÑA, por cuanto la filial española únicamente gestiona las relaciones con anunciantes y de publicidad en España, sin que sea titular ni gestione la página web en la que se habría cometido los actos desleales, en la tesis de la demandante.
2. Cualquier usuario de la web, usuarios o establecimientos www.tripadvisor.com puede crear un perfil de un establecimiento de manera sencilla y rápida, como fue el caso de los establecimientos de la demandante.
3. TRIPADVISOR LLC tiene establecidos procedimientos de control de las opiniones para que reflejen experiencias reales de manera imparcial, siendo posible denunciar opiniones inapropiadas o fraudulentas. Cualquier empresario puede contestar de forma gratuita a las críticas vertidas en relación con su establecimiento.
4. No concurren los requisitos del art. 12 de la LCD. TRIPADVISOR es el portal más visitado por los viajeros antes de viajar (70%) y alberga 4,6 millones de perfiles de restaurantes, siendo en todo caso un negocio muy distinto al de RECABA. Además, RECABA no goza de reputación necesaria ni de suficiente implantación en el mercado.
5. No se han infringido las normas que se citan en la demanda a los efectos del art. 15 de la LCD, teniendo en cuenta, además, que tales normas no son de carácter general, ni su cumplimiento conlleva la generación de costes.
6. En concreto, los arts. 13.2 y 16.1. de la Ley 34/2002 de 11 de julio de Sociedad de la Información (LSSI) no regulan obligación legal alguna, sino de responsabilidad por la información almacenada frente a terceros. Tales preceptos no han sido infringidos por la parte demandada puesto que TRIPADVISOR LLC cuenta con mecanismos de control tanto proactivo como reactivo

para lograr la identificación y retirada de contenidos potencialmente lesivos de derechos de terceros.

7. Tampoco habría infracción del art. 23 de la citada LSSI, ni de los arts. 1262, 1.266 o 7.2. del C.C., normas que en todo caso no contienen obligaciones legales de carácter general, por cuanto la publicación de perfiles de restaurantes en la web no trae causa de contrato alguno con RECABA, sino que fueron creados por los usuarios.
8. Finalmente se alega que no concurren los requisitos del art. 4 de la LCD por cuanto las conductas que se asocian por la actora con tal precepto han sido denunciadas a través del art. 15 y no mediante conductas no subsumibles en los restantes tipos.

SEGUNDO. - Hechos probados.

3. El artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente estipula que incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone, de tal modo que la parte actora ha de probar normalmente los hechos constitutivos de su derecho y la parte demandada los extintivos (SSTS de 26 de junio de 1974, 16 de diciembre de 1985 y 19 de diciembre de 1989).

En el supuesto enjuiciado han resultado acreditados los siguientes hechos que se estiman no controvertidos, a la vista de las alegaciones de las partes o sobre la base de la prueba documental aportada y no contradicha:

- La demandante es titular y gestiona dos establecimientos de restauración en Valencia llamados MARINA BEACH CLUB VALENCIA y PANORAMA con un volumen total de facturación superior a 13 millones de euros en 2017.
- La demandada TRIPADVISOR LLC es el gestor de contenidos on line en el sector de hostelería y restauración más conocido en el mundo a través de la web www.TRIPADVISOR.com y los correspondientes dominios en España y aplicaciones. TRIPADVISOR SPAIN provee servicios de apoyo y soporte del grupo en España.
- En dicha web existen los llamados perfiles de establecimientos de hostelería, en este caso de los indicados restaurantes MARINA BEACH CLUB VALENCIA y PANORAMA.
- Cualquier usuario de la web, usuarios o establecimientos www.tripadvisor.com puede crear un perfil de un establecimiento a través de la propia web, como es el caso de los establecimientos de la demandante, cuyo perfil fue creado inicialmente por los usuarios. Dichos perfiles se suelen nutrir de comentarios

u opiniones de los usuarios acerca del establecimiento y de fotografías colgadas por ellos.

- Con posterioridad a su creación RECABA hizo suyos los perfiles de los citados restaurantes utilizando el sistema establecido por la demandada en la propia web.
- Los usuarios de la plataforma han publicado las siguientes opiniones en el perfil de los restaurantes de la actora:
 - a. Comentario 1 (doc. 28 de la demanda con el título "Estafa a la Seguridad Social, personal enchufado mal cualificado, una chapuza de gestión de negocio"
 - b. Comentario 2 (doc.29) bajo el título "Tóxico Beach" recoge que "El tartar de atún nos proporcionó fuertes diarreas a los que lo comimos. Es inconcebible para un restaurante que tiene ínfulas de restaurante elegante".
 - c. Comentario 3 (doc.30), con el título, "Es una empresa sin derechos laborales" indica que "El dueño es un sinvergüenza que no paga horas extra, se queda un 30% de las propinas cuando factura millonadas y no da de alta a los trabajadores las horas que hacen. ES UNA EMPRESA SIN DERECHOS LABORALES. Cómo va a funcionar con los trabajadores malpagados y agotados...Lo mejor de todo es que solo se acerca allí para maltratar y humillar gritando a los empleados delante de toda la gente".
- Los comentarios 1 y 3 fueron removidos por TRIPADVISOR de la web al día siguiente de su publicación, previa solicitud de la demandante.
- TRIPADVISOR mantiene un control de comentarios y opiniones a través de un sistema automático de control basado en algoritmos, un sistema de control posterior mediante personal contratado por la compañía, junto con la posibilidad de que los establecimientos denuncien opiniones fraudulentas a través de los sistemas de contacto con TRIPADVISOR y la posibilidad de que los titulares de los perfiles puedan publicar una contestación al comentario, sin opción de réplica.
- La demandante ha solicitado a la demandada mediante burofax de fecha 24 de mayo de 2017 la retirada de estos perfiles de su plataforma.

TERCERO. - Resolución del Juzgado. Acciones por competencia desleal. Art. 12 LCD. Explotación de la reputación ajena.

4. Los presupuestos para que concurra el ilícito del artículo 12 LCD son: (i) el prestigio o reputación de un tercero, (ii) la realización de un comportamiento apto para lograr un aprovechamiento o ventaja de esa reputación ajena y (iii) que el aprovechamiento sea indebido.

5. La Sentencia de la AP de Barcelona, sección 15ª, de 20 de abril de 2007, (de forma reiterada en sentencias posteriores) dispone que: "El artículo 12 de la Ley 3/1991 trata de proteger, además del mercado, al competidor que ha logrado reputación industrial, comercial o profesional, y tipifica como desleal cualquier comportamiento adecuado para producir como resultado el aprovechamiento de las ventajas que la misma proporciona. Aunque la acción puede ser de cualquier tipo, con tal que tenga aptitud para producir aquél efecto, que la cualifica y define, normalmente consistirá en el empleo de signos distintivos ajenos, notorios o implantados en el mercado y, además, con buena fama o reputación o prestigio. Pero, en cualquier caso, la acción no se refiere a la imitación de las prestaciones, amparadas en su caso por el art. 11 LCD, sino como en el caso del art. 6 LCD a la forma de presentación de las prestaciones que induzca a asociarla a un origen empresarial bien reputado en el mercado, con idea de aprovecharse de las ventajas de tal reputación".

6. En este caso la parte demandante afirma, en síntesis, que TRIPADVISOR aprovecha en su modelo de negocio la reputación ganada por los restaurantes que gestiona en Valencia. A tal efecto se ha declarado probado que los establecimientos de restauración sitios en Valencia llamados MARINA BEACH CLUB VALENCIA y PANORAMA, con un volumen total de facturación superior a 13 millones de euros en 2017, tienen abierto, cada uno de ellos, un perfil propio en la web de TRIPADVISOR. Como también se ha indicado en hechos probados, el citado perfil se nutre de diversas fotografías, subidas por los usuarios de la web de ambos restaurantes. Algunas de estas fotos reflejan rótulos de los establecimientos.

7. No se aprecia, de las alegaciones de las partes y los hechos que se han estimado probado, la concurrencia de una infracción del art. 12 de la LCD. Sin necesidad de entrar a valorar la reputación de ambos restaurantes a los efectos de la aplicación del precepto, se advierte que, como resulta notorio, la web TRIPADVISOR (en un sentido amplio, el negocio de TRIPDAVISOR) tiene una muy notable reputación propia, creada y desarrollada por la propia TRIPADVISOR, que se nutre de la actividad de los usuarios del sistema y que está muy alejada de la actividad de restauración que desarrolla la demandante y, obviamente, también de sus signos distintivos. Su modelo de negocio no está asentado en la mayor o menor reputación de los

establecimientos que tienen perfil creado. Ello aleja, de entrada, cualquier apreciación de un acto de parasitismo sancionado en el art 12. por parte de TRIPADVISOR. Por lo demás, se aprecia que ninguno de los otros hechos que se recogen en la demanda pueden tener el más remoto encaje en el art. 12 de la LCD, en particular aquellos que guardan relación con el aprovechamiento de datos personales de los usuarios.

CUARTO.- Art. 15. Violación de normas.

8. Desde el art. 15 de la Ley de competencia desleal se reprime el aprovechamiento en el mercado de una ventaja económica obtenida a resultas de una infracción de leyes. La función del precepto no es preservar el cumplimiento del conjunto del ordenamiento jurídico por parte de los diversos agentes que participan en el mercado, sino la igualdad de todos los operadores económicos (oferentes y demandantes) que actúan en el mismo (*par conditio concurrentium*). Al vulnerar la norma en cuestión, el infractor obtiene una ventaja (potencial o automática) que puede redundar o de hecho determina la mejora de su posición competitiva por comparación con la del resto de oferentes, al menos de los que permanecen obedientes a la norma.

9. Doctrina y jurisprudencia afirman que en el ámbito de los dos apartados del art. 15 de la LCD se integra la infracción de toda norma jurídica que reúna los caracteres de imperatividad, generalidad y coercibilidad, lo que permite incluir leyes orgánicas y ordinarias, decretos-ley y decretos-legislativos, decretos, órdenes etc. Sin embargo, no se incluyen en el concepto de normas jurídicas a los fines del artículo 15 LCD aquellas que reconozcan derechos subjetivos a los particulares y en especial las que reconozcan derechos de propiedad ordinaria y de propiedad industrial e intelectual y derechos de la personalidad (como el derecho a la propia imagen), ya que su violación afecta exclusivamente a la esfera individual del titular del derecho, que dispone de medios de tutela adecuados en su defensa. En este sentido, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, en caso de infracción de derechos de exclusiva resulta de preferente aplicación la normativa relativa al derecho exclusivo en cuestión (legislación de marcas, de patentes, de propiedad intelectual, de diseño industrial...), por lo que la normativa de competencia desleal sólo podrá aplicarse al margen de aquella o con carácter complementario, esto es, para comportamientos que además de suponer la violación de un derecho exclusivo afecten al correcto funcionamiento del mercado (entre otras, SSTTS de 2 marzo de 2009, 7 de octubre de 2009 ó 17 de octubre de 2012).

10. Además, el Tribunal Supremo tiene dicho (Sentencia de 17 de mayo de 2017) que *“el incumplimiento contractual, en el que se enmarcaría, por ejemplo, la infracción de un pacto de no competencia, no puede considerarse por sí mismo como un acto de competencia desleal incluido en el ámbito objetivo de aplicación que delimita el art. 2 LCD , porque la deslealtad de las conductas típicas en la LCD nace de la contravención de deberes generales de conducta y no, en principio, del incumplimiento de una obligación contractual. Puede haber algún caso en que un incumplimiento contractual pueda ser también un acto de competencia desleal (verbigracia, arts. 13 o 14.2 LCD).*

11. En este caso la parte actora afirma que TRIPADVISOR infringe, con su web y en lo que respecta al demandante los artículos 13.2, 16.1 y 23 de la LSSI, los arts. 7.2, 1262 y 1266 del Código Civil y el art. 18.4 de la Constitución Española.

12. Comenzando por la LSSI (Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico), el art. 13.2. establece que *“Para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación, se estará a lo establecido en los artículos siguientes”,* el art. 16.1 regula el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, mientras que los arts. 23 y ss recogen normas relativas a la contratación por vía electrónica.

13. No resulta discutido que, al menos TRIPADVISOR LLC, es un prestador de servicio de intermediación a quien se puede aplicar el régimen jurídico del art. 16 de la LSSI. Sin embargo, se considera que, tanto el art. 13, en general, como el art. 16, para el caso de los intermediarios prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, establecen un régimen de responsabilidad, para responder por posibles violaciones de derechos que los usuarios de sus servicios de intermediación pueden causar a terceros como consecuencia del alojamiento y difusión de informaciones por la Red, infracciones que pueden estar relacionadas con el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, así como los derechos de propiedad industrial e intelectual.

14. Se considera, asimismo, que de este régimen de responsabilidad del prestador del servicio de la sociedad de la información del art. 16 de la LSSI no parece desprenderse la existencia de una obligación general de control de los

intermediarios. El artículo 15 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, que traspone la LSSI, resulta clara al indicar que *1. Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14.* Como destaca la doctrina, a diferencia del ordenamiento estadounidense, donde es obligatoria la implementación de sistemas de notice & takedown (erigiéndose en pieza clave de todo el sistema de responsabilidad), en Europa se optó por la autorregulación de los prestadores de servicios de intermediación, dejando a su libre voluntad o compromisos adquiridos en códigos de conducta generales o sectoriales, la utilización de estos sistemas de denuncia y retirada.

15. En tal sentido, contrario a la obligación de control preventivo general, se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 24 de noviembre de 2011 (As. C-70/2010, Scarlet), estableciendo que *la legislación comunitaria de comercio electrónico, derechos de autor en la sociedad de la información y tratamiento de datos personales y protección de la privacidad en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, debe interpretarse, leídas conjuntamente, en el sentido de que se oponen a un requerimiento judicial por el que se ordena a un proveedor de Internet establecer un sistema de filtrado de todas las comunicaciones electrónicas que circulen a través de sus servicios (en particular mediante la utilización de programas peer to peer de intercambio de archivos con contenidos protegidos por derechos de autor) y que se aplique indistintamente a toda su clientela, con carácter preventivo, exclusivamente a sus expensas y sin limitación de tiempo, con la finalidad de identificar en la red o sistema de dicho proveedor la circulación de archivos electrónicos que contengan copias no autorizadas de obras protegidas por derechos de autor, con la finalidad de bloquear la circulación de dichos archivos.*

16. De acuerdo con el art. 16 de la LSSI *1. Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que:*

a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o

b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.

Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

17. De este precepto se puede inferir que el prestador de servicios de alojamiento de datos podría incurrir en responsabilidad frente a los usuarios de la red si tuviere conocimiento efectivo de la existencia de contenidos o informaciones ilícitas en sus webs de alojamiento de datos o si, una vez adquirido dicho conocimiento no procediera diligentemente a su retirada. Entonces en la expresión "conocimiento efectivo" se encuentra la clave de bóveda del sistema de responsabilidad, de tal manera que el principal problema para delimitar la responsabilidad del intermediario de servicios de alojamiento reside en establecer qué debe entenderse por "conocimiento efectivo" de la ilicitud de los datos almacenados en su sistema.

18. De la jurisprudencia del TS, en particular de la sentencia de 5 de mayo de 2016 se puede inferir que Tribunal Supremo viene considerando que existe conocimiento efectivo cuando el proveedor de servicios de la sociedad de la información pueda, de las circunstancias concretas del caso y de la propia información de la que dispone, considerar que una determinada conducta es ilícita, por ser tal naturaleza patente y evidente. Así, para el TS *conocimiento efectivo aquel que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate.*

19. Del art, 16 de la LSSI se desprende también que podrá presumirse el conocimiento efectivo de la ilicitud de contenidos alojados por el proveedor de espacio, cuando este tenga lugar como consecuencia de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios. El TS en la sentencia indicada de 5 de mayo de 2016 estableció que *"La página web «iucolmenarviejoblog.wordpress.com» contaba con sistemas de control, detección o moderación de su contenido, hasta el punto de que comentarios favorables al demandante fueron censurados, mientras que permanecieron publicados los que*

resultaban ofensivos. Por tanto, tales controles no funcionaron adecuadamente desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales de los afectados”.

20. En este caso, de las alegaciones de la parte demandada y el interrogatorio de Bradfor Young y Catherine Grace Knapp, responsables de TRIPADVISOR LLC se infiere que el sistema de TRIPADVISOR realiza un doble control de las opiniones que suben los usuarios a la red: proactivo y reactivo. El proactivo se centra en la utilización de un sistema informático de control basado en un sistema automático (software con algoritmos y atributos) que controla palabras o expresiones según unas Guidelines creadas por la propia compañía (Directrices sobre Comentarios , doc. 30 de la contestación), antes de que aparezcan publicadas, con una intervención del personal de TRIPADVISOR para verificar los criterios de corrección establecidos en los algoritmos. El reactivo se basa en la posibilidad que tienen los establecimientos de, por un lado, dejar un comentario público a continuación del publicado por el usuario y, por otro lado, denunciar un comentario contactando directamente con TRIPADVISOR.

21. Aunque los anteriores sistemas de control proactivo no han quedado claramente perfilados en este procedimiento, lo cierto es que, desde la óptica del art. 16 de la LSSI se trata de sistemas de control o detección de posibles violaciones de derechos de los usuarios establecidos por TRIPADVISOR de manera voluntaria, no en cumplimiento de una norma general que establezca, para todos, la obligación de tener sistemas de control preventivo de las opiniones de los usuarios alojadas en su web. Por ello, desde la óptica del art. 15 de la LCD no se puede valorar una posible infracción de una norma que guarde la nota esencial de la generalidad, ni por tanto valorar la afectación que podría tener su infracción a la *par conditio concurrentium*, y la ventaja del infractor respecto de quienes no infringen.

22. Al contrario, como se ha indicado, los arts. 13 y 16 de la LSSI contienen un régimen de responsabilidad del prestador de servicios de alojamientos de datos frente a los usuarios por posible violación de sus derechos, lo que supone una regulación sobre el ámbito de los derechos que pueden estar en juego (derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, derechos de propiedad industrial e intelectual etc.) y su protección jurídica frente a terceros, en este caso frente a los intermediarios de la sociedad de la información, que debe ser activada, en cada caso de posible infracción, por el titular a través de los medios legales existentes para defender su posición frente a quien la lesiona, y eliminar todos los efectos negativos que la conducta del violador pueda haberle ocasionado, sin

que sea posible acumular una acción de protección de un derecho en exclusiva con una acción competencia desleal del art. 15.

En consecuencia, no se puede apreciar infracción del art. 15 de la LCD.

23. Por lo que se refiere a la posible infracción de los arts. 23 y ss de la LSSI y 1.262, 1.266 y 7.2. del C.C., ciertamente, sólo los arts. 27 y 28 de la LSSI que regulan obligaciones de información previa y posterior a la celebración de un contrato por vía electrónica establecen obligaciones susceptibles de ser infringidas con carácter general. El resto de normas citadas por la parte demandante podrían determinar, en su caso la ineficacia de un contrato en particular y su posible infracción, particular, no puede ser observada desde la óptica del art. 15 de la LCD.

24. La parte demandante afirma que hay infracción de norma, en este caso de los arts. 27 y 28 de la LSSI y 7.2. del C.C., porque no ha prestado consentimiento alguno para que TRIPADVISOR publicase los perfiles profesionales de los restaurantes en su página web y porque RECABA se ha tenido que registrar para poder moderar los comentarios que sobre ella se vierten en la web de TRIPADVISOR y para intentar dar de baja dicho perfil profesional, de manera que la prestación del consentimiento se ha realizado sobre la base del abuso de derecho por TRIPADVISOR.

25. Sobre este aspecto, es preciso destacar, en primer lugar, que ha quedado acreditado que los perfiles de los establecimientos de restauración de la demandante, PANORAMA Y MARINA BEACH CLUB VALENCIA no fueron creados por la demandante a través de contrato alguno con TRIPADVISOR, sino que se crearon por usuarios de la web de TRIPADVISOR, a través del sistema de creación de nuevos perfiles que contempla la citada web (apdos. 74 a 82 de la contestación y docs. 3, 22 y 23 de la contestación). También ha quedado probado, como hecho no discutido, que a través de la web de TRIPADVISOR, los titulares de los establecimientos pueden reclamar la titularidad de tales perfiles, haciéndose con el control de los perfiles con la posibilidad de utilizar de determinadas herramientas para el desarrollo del perfil.

26. En concreto, tampoco ha sido objeto de discusión que la demandante, a través de personas vinculadas a ella, ha reclamado el perfil de los restaurantes PANORAMA Y MARINA BEACH CLUB VALENCIA a través del procedimiento, desarrollado dentro de la web de TRIPADVISOR, que se describe en los documentos 3 y 24 de los acompañados con la contestación. Es de resaltar que asumir por el establecimiento la gestión

del perfil es gratuito y permite al titular determinadas opciones en el perfil, para su desarrollo, que se describen en el documento 25 de la contestación.

27. Pues bien, aunque el procedimiento a través del cual los propietarios o gestores de los establecimientos pueden "reclamar el perfil" en la web de TRIPADVISOR no ha quedado claramente establecido en este procedimiento, se valora que esta "reclamación de perfil" implica una relación contractual entre ambas partes, generadora de derechos y obligaciones y sometida al régimen jurídico de los arts. 23 y ss de la LSSI. Sin embargo el reproche de la parte demandante, desde el prisma del art. 15 de la LCD únicamente hace referencia a la ausencia de consentimiento contractual, no a la posible violación de otras obligaciones generales que establecen los arts. 27 y 28 de la LSSI, como obligaciones legales de carácter general. En tal sentido no puede decirse que no haya existido la prestación del consentimiento de la actora en el contrato que ambas partes celebraron como consecuencia de la "reclamación de titularidad" de los perfiles de los restaurantes que RECABA hizo con posterioridad a su creación por los usuarios. Se desconoce, (tampoco ha sido objeto del pleito) si en la prestación de ese cometido y, sobre todo, en general, si TRIPADVISOR incumple o no alguna de las obligaciones de información previa y posterior que establecen los art. 27 y 28 de la LSSI. Por ello no puede concluirse, bajo la óptica del art. 15 de la LCD y sobre la base del objeto de este procedimiento marcado por la parte actora que TRIPADVISOR incumpla las citadas normas.

28. En cuanto a la alegada infracción del art. 7.2. del C.C., la demandante afirma que la presencia de los citados restaurantes en la web de TRIPADVISOR sin consentimiento de la demandante es un claro abuso de derecho proscrito en el citado precepto del Código Civil. Sin embargo, nuevamente, desde el punto de vista del art. 15 de la LCD, cuya posible aplicación es la que aquí se está enjuiciando, se estima que, por un lado, no puede encajar en dicho precepto la posible infracción de una prohibición genérica como es la del art. 7 del C.C. y, por otro lado, que la valoración del abuso objetivo del derecho en el ámbito de la competencia desleal ya se contiene en otro precepto de la Ley que es el art. 4 que analiza la corrección de la conducta concurrencial desde la buena fe objetiva del supuesto infractor.

29. Finalmente, la parte demandante incluye en la alegada infracción del art. 15 de la Ley de Competencia Desleal, el art. 18.4 de la Constitución Española al "no poder ejercer un mecanismo eficaz contra las injerencias a su derecho al honor que se están produciendo en la página web de TRIPADVISOR". Como se ha valorado con anterioridad, tampoco nos encontramos aquí ante una norma que reúna las notas que

requiere el tipo de deslealtad del art. 15 para poder proceder al análisis de su aplicación, sino que recoge un derecho fundamental, el derecho al honor y protección de datos, derechos subjetivos cuya protección jurídica se puede obtener por otras vías, no por la infracción de normas del art.15 de la LCD.

QUINTO.- Art. 4 Actos contrarios a la buena fe.

30. Es reiterada la jurisprudencia que advierte que la invocación genérica del artículo 4 de la LCD (en su redacción actual) no puede servir para considerar desleales comportamientos que no cumplen con los requisitos de los tipos concretos de la LCD. Sirva como referencia la Sentencia de la Sección 15ª de la AP de Barcelona de 24 de marzo de 2017 (ECLI:ES:APB:2017:767), que sintetiza el estado de la jurisprudencia sobre el alcance de la cláusula general de buena fe:

«El artículo 4 LCD , antes art. 5 LCD , permite calificar como desleales conductas no descritas en los demás preceptos de dicha Ley cuando, concurriendo los presupuestos previstos en los artículos 1 a 4, sean contrarias al modelo o estándar en que la buena fe consiste. El artículo 5 de la Ley de Competencia desleal no puede ser utilizado para calificar como desleales conductas que superen el control de legalidad a la luz de los preceptos de la propia Ley específicamente redactados para reprimirlas (STS 1 de mayo de 2014, Roj : STS 1955/2014).

Como recuerda la citada STS de 15 de julio de 2013 (Roj: STS 4498/2013), la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la aplicación del art. 5 LCD , que, en la redacción aplicable al caso (en la actualidad se corresponde con el apartado 1 del art. 4 LCD), prescribe: "se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe". Este precepto "no formula un principio general objeto de desarrollo y concreción en los artículos siguientes de la misma Ley" (Sentencias 1169/2006, de 24 de noviembre , y 19/2011, de 11 de febrero), sino que "tipifica un acto de competencia desleal en sentido propio, dotado de sustantividad frente a los actos de competencia desleal que la ley ha estimado tipificar en concreto" (Sentencias 1169/2006, de 24 de noviembre , 311/2007, de 23 de marzo , y 1032/2007, de 8 de octubre). Consiguientemente, "esta cláusula no puede aplicarse de forma acumulada a las normas que tipifican en particular, sino que la aplicación ha de hacerse en forma autónoma, especialmente para reprimir conductas o aspectos de conductas que no han podido ser subsumidos en los supuestos contemplados en la tipificación particular" (Sentencias 1169/2006, de 24 de noviembre , y 48/2012, de 21 de febrero). Pero sin que ello pueda "servir para sancionar como desleales conductas que debieran ser confrontadas con alguno

de los tipos específicos contenidos en otros preceptos de la propia Ley, pero no con aquel modelo de conducta -la del art. 5 LCD , si es que ello significa propiciar una afirmación de antijuricidad degradada, mediante la calificación de deslealtad aplicada a acciones u omisiones que no reúnen todos los requisitos que integran el supuesto tipificado para impedir las" (sentencias 635/2009,de 8 de octubre , y 720/2010, de 22 de noviembre).

La conducta tipificada en este art. 5 LCD es un ilícito objetivo, en la medida en que la deslealtad no se funda en la concurrencia del dolo o la culpa del autor, ni en la finalidad perseguida, sino que ha de configurarse en torno a parámetros objetivos. Y al mismo tiempo, no deja de ser un ilícito de riesgo o de peligro, porque no se hace depender de concretos efectos ocasionados por la conducta enjuiciada, sino sólo de su compatibilidad con las exigencias de la buena fe objetiva.

31. Por consiguiente, como también ha declarado el Tribunal Supremo, por ejemplo en su sentencia de 15 de diciembre de 2008 (Roj: STS 6676/2008), la cláusula general del art. 5 tiene la función de poder sancionar aquellos comportamientos que el legislador no pudo prever en su momento como desleales, no la de considerar ilícitos los previstos en los arts. 6 a 17 cuando falten algunos de los requisitos exigidos en estos. Consecuencia de todo ello es que el recurso al art. 4 LCD obliga a identificar las razones en que se funda la deslealtad de la conducta (STS 24 de noviembre de 2006), sin que baste citar el precepto en los fundamentos de derecho de la demanda (STS 19 de mayo de 2008). Sólo cabe aplicar el artículo 4 LCD cuando se concrete expresamente el acto que lo infringe y, además, dicho acto no se tipifica en otras normas (SSTS 7 de junio de 2000 y 28 de septiembre de 2005).»

32. En este caso, en la demanda se destaca que la web de TRIPADVISOR supone una obstaculización abusiva frente a la actora, al impedir eliminar los perfiles empresariales de MARINA BEACH CLUB VALENCIA y PANORAMA de su plataforma web, lo que implica directamente el incremento del daño a la imagen, prestigio y posicionamiento concurrencial de éstos en el mercado. La parte demandante ha sido clara al subsumir en la demanda esta única conducta dentro del art. 4 de la LCD, aunque dicha conducta haya formado parte, conjuntamente con otros hechos, como reproche global, respecto de los otros tipos de deslealtad que han sido analizados con anterioridad.

33. Es un hecho no discutido que los perfiles de establecimiento que figuran en la web de TRIPADVISOR no pueden ser eliminados de la web por la sola voluntad del

titular o gestor del establecimiento, sino que esta decisión la adopta únicamente TRIPADVISOR y sobre la base de que el establecimiento, en este caso restaurantes, no ejerzan ya su actividad.

34. Ello nos obliga a plantearnos si el hecho de que TRIPADVISOR no permita a los restaurantes "escapar de su web", como indica la actora, es contrario a las exigencias de la buena fe objetiva. Este análisis, no obstante, se considera que no puede hacerse en abstracto, como juicio general al modelo de negocio o al sistema de la web de TRIPADVISOR, sino que el enjuiciamiento se ha de constreñir a las circunstancias de este caso y a la conducta desarrollada en este caso, en que, en las circunstancias que rodean a este caso, TRIPADVISOR impide a RECABA eliminar los perfiles de sus restaurantes de la web de TRIPADVISOR.

35. Para realizar este análisis hemos de partir del sentido que se otorga a la normativa represora del ilícito desleal como límite a la libertad para competir, que ha sido destacado por la doctrina y la jurisprudencia, pues *"el artículo 5 LCD establece un límite jurídico al ejercicio del derecho a desarrollar una actividad económica en el mercado, esto es, un derecho de acceso al ámbito de desarrollo de la iniciativa económica privada sobre producción e intercambio de bienes y/o servicios, al ámbito de desarrollo de actividad productiva por cuenta ajena o propia, derecho que no puede ejercitarse a través de determinados comportamientos que supriman, restrinjan o falseen la estructura competitiva del mercado o las libres formación y desarrollo de las relaciones económicas del mercado"*. STS 8 de octubre de 2007.

36. También la doctrina y la jurisprudencia han resaltado un criterio sistemático a la hora de concretar el contenido normativo de la cláusula general, esto es *"a través de los principios acogidos en las normas que tipifican supuestos de hecho como actos de competencia desleal (conductas que frustran o dificultan la libre formación de preferencias o restan transparencia al mercado; o constituyen técnicas de presión sobre el consumidor, o implican el expolio o aprovechamiento del esfuerzo ajeno y de sus resultados; o constituyen conductas predatorias, etc.)"* (STS 8 de octubre de 2007).

37. Pues bien, ciertamente, de hacerse un juicio abstracto, podría ser contrario a buena fe objetiva por alterar el correcto funcionamiento del mercado, si respecto de la demandante y otros establecimientos cuyos perfiles se publican en TRIPADVISOR no hubiera existido control alguno de los comentarios que publican los usuarios y se mantuvieran visibles los comentarios claramente atentatorios a derechos básicos

de los titulares de los establecimientos (las llamadas opiniones fraudulentas) y, además, no les dejase escapar del sistema. Sin embargo, los documentos aportados al procedimiento relacionados con los sistemas de control proactivo y reactivo, analizados con anterioridad, y las palabras de los responsables de TRIPADVISOR interrogados en juicio ponen de manifiesto que TRIPADVISOR no es ajena al control de las llamadas opiniones fraudulentas.

38. Los sistemas de control de las referidas opiniones, uno proactivo mediante un sistema automático basado en algoritmos con posterior control humano de las opiniones que no hayan pasado dicho filtro y otro reactivo a través del contacto directo de los establecimientos con TRIPADVISOR, no han quedado claramente definidos en este procedimiento. Se echa de menos una explicación más técnica y profunda sobre cómo funcionan estos mecanismos y en particular, sobre la manera en que los establecimientos pueden contactar con TRIPADVISOR, de un modo sencillo, para poner en su conocimiento posibles comentarios u opiniones infractoras de derechos. Únicamente ha quedado claro, como sistema reactivo de control de opiniones, la posibilidad que tiene el titular del establecimiento con perfil propio en la web de responder a la opinión, de una manera pública, sin más opción a replicas, función que tiene un efecto limitado y no remueve el comentario claramente atentatorio.

39. No obstante, el enjuiciamiento en este caso, como se ha indicado, se debe limitar a si TRIPADVISOR ha traspasado los límites de la buena fe objetiva al negar a RECABA que sus restaurantes no aparezcan en la web. La respuesta ha de ser negativa al valorarse que esta conducta, asentada en la libre empresa, en este caso, respecto de la demandante, no traspasa los límites de la buena fe objetiva porque ha efectuado un control adecuado de las opiniones sobre los restaurantes de la actora.

40. La parte demandante recoge en su demanda tres opiniones o comentarios publicados en la web de TRIPADVISOR que se han indicado en hechos probados (docs. 28, 29 y 30) que se titulan "ESTAFA A LA SEGURIDAD SOCIAL, PERSONAL ENCHUFADO MAL CUALIFICADO. UNA CHAPUZA DE GESTIÓN DE NEGOCIO" "Tóxico Beach" y "ES UNA EMPRESA SIN DERECHOS LABORALES". La parte demandante afirma que estas tres opiniones son un ejemplo de otras muchas similares, pero, lógicamente, esta afirmación ha de ser acompañada de la correspondiente prueba puesto que estamos enjuiciando una conducta relacionada con este tipo de opiniones y no es lo mismo tres opiniones fraudulentas bien o mal controladas que treinta o trescientas.

41. Sobre las anteriores opiniones publicadas, la testigo Catherine Grace Knapp, responsable de contenidos de TRIPADVISOR, puso de manifiesto que la primera y la tercera de las publicaciones fueron removidas de la web al día siguiente de su publicación como consecuencia de la "denuncia" hecha por la parte demandante. Respecto de la segunda titulada "TÓXICO BEACH" la testigo destacó que fue denunciada por el propietario demandante, que se verificó a la persona que escribió la opinión y se mantuvo. Asimismo resaltó que la demandante, como titular del perfil no contestó a esta opinión.

42. Se comparte con la demandante que las opiniones que se han destacado con anteriores recogen expresiones que incluso pueden integrar el tipo penal de la calumnia o de la injuria y recogen manifestaciones insultantes, innecesarias para describir una experiencia como usuario de un restaurante y seguramente malintencionadas al poderse advertir una cierta animadversión frente a los restaurantes y su dirección. Sin embargo, también se puede apreciar que la demandada reaccionó frente a los dos comentarios más graves y atentatorios, removiéndolos de la web en palabras de la testigo, a cuyo testimonio se ha de estar al no existir otra prueba en contra. Únicamente se mantuvo el comentario que bajo el título "Tóxico Beach" indicaba que *"el tartar de atún nos proporcionó fuertes diarreas a los que lo comimos. Es inconcebible para un restaurante que tiene ínfulas de restaurante elegante"*. Excepto el título que contiene una palabra innecesariamente injuriosa, el resto de la opinión refleja una experiencia de un usuario que podría ser factible, al menos no se ha demostrado lo contrario, junto con una valoración subjetiva que puede tildarse como normal, teniendo en cuenta la experiencia.

43. En todo caso, las anteriores valoraciones sobre los comentarios de los usuarios de la web resultarían útiles si nos encontráramos en un procedimiento civil encaminado a remover de la web las opiniones o comentarios atentatorios contra los derechos de los establecimientos y, en su caso, a reclamar una compensación por su existencia. Pero aquí estamos ante la valoración de una conducta a los ojos de la buena fe objetiva y de la competencia desleal para la que se estima suficiente con valorar, en términos más generales, que, en este caso, solamente se pueden ponderar tres opiniones indeseadas de los establecimientos de RECABA (de las muchas existentes) y que TRIPADVISOR no ha sido ajena al control de los comentarios de los usuarios al haber realizado un control concreto sobre las opiniones de los usuarios respecto de los restaurantes de la actora. Por ello, el hecho de que no elimine el perfil de los restaurantes de la actora de su sistema, no es contrario a la buena fe objetiva, teniendo en cuenta las circunstancias de este caso.

SEXTO.- Costas.- La demanda ha resultado desestimada, pero se aprecia que en este caso concurren notas suficientes de novedad y de dificultad jurídica como para apreciar razonables dudas de derecho y no imponer las costas en aplicación de lo previsto en el párrafo primero del art. 394.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso.

FALLO

Que **DESESTIMO** la demanda formulada por D. IGNACIO DE ANZIZU PIGEM, en nombre y representación de RECABA INVERSIONES TURÍSTICAS S.L., y **ABSUELVO** a TRIPADVISOR SPAIN S.L. y TRIPADVISOR LLC de la totalidad de las pretensiones formuladas en su contra, sin imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días ante este Juzgado, por escrito y con la firma de Letrado, para su resolución por la Audiencia Provincial.

Así por esta mi sentencia, juzgando definitivamente en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída ha sido la presente resolución en audiencia pública por el Sr. Juez que la firma en el día de su fecha, doy fe.