

Geobloqueo
y comercio electrónico
entre la libre circulación
y el derecho
de la competencia

VANESSA MARTÍ MOYA



Derecho Privado

Vanessa Martí Moya es Profesora Titular de Universidad en la Universidad de València. Licenciada en Derecho por la Universidad de València (1996-2001) con Premio Extraordinario, y Doctora en Derecho (2006) con la tesis titulada «El procedimiento de fusión: preparación, adopción e impugnación», dirigida por el Prof. Dr. José Miguel Embid Irujo.

Con un prominente perfil internacional y europeísta, estudió el Máster de estudios jurídicos europeos en el Colegio de Europa de Brujas, habla con fluidez cinco idiomas, y ha realizado numerosas estancias en los principales centros de investigación en Alemania (Universidades de Göttingen y Mainz, y en el Max Planck Institut para el Derecho de la Propiedad Intelectual y Competencia de Munich, entre otros), en Italia (Universidades de Roma II, Bari, Salerno y Foggia), en el *Institute of Advanced Legal Studies* de Londres y en la Universidad de Columbia, en Nueva York.

En el apartado investigador, además del Derecho de sociedades, destaca su interés por el Derecho de la competencia, materias sobre las que ha publicado numerosas obras y ha participado como ponente en destacados congresos y seminarios, tanto de carácter nacional como internacional.

Es además Árbitro de la Junta Arbitral de Consumo de la Generalitat Valenciana desde 2010.

Colección Derecho Privado

Director:

Antonio Manuel Morales Moreno

Últimos títulos publicados:

10. Representación gráfica de fincas en el Registro de la Propiedad
Carlos Trujillo Cabrera
11. Entidades de propósito (o cometido) especial y otras entidades vehiculares o puente (Una aproximación a su configuración tipológica desde el Derecho de sociedades)
Luis Hernando Cebriá
12. Textos internacionales sobre garantías mobiliarias: reflexión y análisis
Carmen Jerez Delgado (coordinadora)
13. Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos
Í. De la Maza - C. Pizarro - Á. Vidal
14. Adquisición de Vivienda y Cláusulas Abusivas. La integración del Derecho español a través del Derecho europeo y comparado
Javier Domínguez Romero
Prólogo: Francisco José Infante Ruiz
15. El consentimiento informado y la responsabilidad médica
Davinia Cadenas Osuna
Prólogo: Francisco Oliva Blázquez
16. La liquidación de la herencia en el Código Civil Español. Especial referencia a las deudas sucesorias desconocidas o sobrevenidas
Mónica García Goldar
Prólogo: María Paz García Rubio
17. Prácticas agresivas y tutela del consumidor
Elisabet González Pons
Prólogo: Lourdes Ferrando Villalba
18. Actividad económica en el mercado e interés general. Sobre el derecho de fundaciones de nuestro tiempo
José Miguel Embid Irujo
19. Geobloqueo y comercio electrónico
Vanessa Martí Moya

GEOBLOQUEO Y COMERCIO ELECTRÓNICO

COLECCIÓN DE DERECHO PRIVADO

Director

Antonio Manuel Morales Moreno

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid,
académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Consejo Asesor

Antonio Pau Pedrón, doctor de la Universidad Autónoma de Madrid, notario, registrador de la propiedad y abogado del Estado.

José Miguel Embid Irujo, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia.

María Paz García Rubio, catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela.

Nieves Fenoy Picón, profesora titular de Derecho Civil (acreditada como Catedrática de Universidad) de la Universidad Autónoma de Madrid.

Justo García Sánchez, catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Oviedo.

GEOBLOQUEO Y COMERCIO ELECTRÓNICO ENTRE LA LIBRE CIRCULACIÓN Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

VANESSA MARTÍ MOYA



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2020

Primera edición: marzo de 2020

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© Vanessa Martí Moya
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

<http://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 090-20-051-X (edición en papel)
090-20-052-5 (edición en línea, PDF)
090-20-053-0 (edición en línea, ePub)

ISBN: 978-84-340-2621-6
Depósito legal: M-7048-2020

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

*A mi madre y a mi hermana,
pilares fundamentales de mi vida,
y a Beltrán, mi mejor obra.*

ÍNDICE

NOTA PRELIMINAR	11
PRÓLOGO	13
ABREVIATURAS	17
1. INTRODUCCIÓN. EL INCOMPLETO E IMPRESCINDIBLE MERCADO ÚNICO DIGITAL	19
2. EL <i>GEOBLOCKING</i> COMO INSTRUMENTO DE COMPARTIMENTACIÓN DEL MERCADO ÚNICO	25
2.1 Doble perspectiva del <i>geoblocking</i> : decisión unilateral o práctica concertada	27
2.2 El Reglamento sobre <i>geoblocking</i> . Ámbito de aplicación y otros aspectos conflictivos	29
2.2.1 Especial referencia a los contenidos digitales protegidos por derechos de autor	33
2.2.2 Aplicación territorial y cuestiones relativas a la jurisdicción ..	34
2.2.3 Ámbito material	39
3. EL <i>GEOBLOCKING</i> COMO RESTRICCIÓN DE LA COMPETENCIA ..	43
3.1 La fragmentación del mercado y el Derecho de la competencia	44
3.2 <i>Geoblocking</i> como práctica colusoria	46
3.2.1 El Reglamento de exención 330/2010 y las Directrices de aplicación	51
3.2.2 Las restricciones a las ventas pasivas en la era digital	53
3.3 El <i>geoblocking</i> como abuso de posición de dominio	56

	Páginas
4. EL <i>GEOBLOCKING</i> COMO ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL .	61
4.1 Consideraciones desde el Derecho europeo	64
4.2 La discriminación en el ordenamiento español	69
4.3 ¿Prevención o castigo? Hacia una represión eficaz de las prácticas desleales contra los consumidores	72
4.4 Nuevas tendencias en la mejora de las vías de reclamación. La resolución de litigios en línea	79
5. ESPECIAL REFERENCIA AL <i>GEOBLOCKING</i> DE SERVICIOS DE CONTENIDO DIGITAL	83
5.1 Consideraciones introductorias generales	83
5.1.1 La investigación sectorial sobre el comercio electrónico de contenidos digitales	87
5.2 El marco jurídico de los derechos de autor y el mercado único. Modernización y adaptación de los derechos de autor al mercado digital	89
5.3 El agotamiento de los derechos de autor	97
5.3.1 El agotamiento de los derechos de autor en la jurisprudencia del TJUE	99
5.4 El rol de las normas de competencia en la mejora de la accesibilidad a los contenidos en línea	102
5.5 El Reglamento de portabilidad de contenidos en línea	105
6. DESCENTRALIZACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y RIESGOS DE DIVERGENCIA ANTE NUEVOS MERCADOS ..	109
7. CONCLUSIONES	115
BIBLIOGRAFÍA	117

NOTA PRELIMINAR

El contenido del presente trabajo se corresponde, en su núcleo fundamental, con el ejercicio presentado para la provisión de una Plaza de Profesor Titular de Derecho mercantil en la Universidad de Valencia. Tras las revisiones oportunas, ve finalmente la luz el estudio sobre una de las prácticas comerciales que, nacidas al calor del auge del comercio electrónico, más incidencia tiene sobre la integración del mercado único digital.

Dado su carácter poliforme y la amplitud de esferas jurídicas sobre las que proyecta sus efectos, este estudio no puede sino abordar la figura desde diferentes prismas; como obstáculo a la libre circulación de bienes y servicios, como restricción a la libre competencia y como práctica comercial desleal. Por último, y dada la especial incidencia que el geobloqueo presenta en el mercado de servicios o contenidos digitales, no podía eludirse el tratamiento singular de este sector. Asimismo, su inherente capacidad para afectar al comercio transfronterizo, hace que el estudio de esta figura deba de hacerse, necesariamente, teniendo muy presente el horizonte legislativo europeo.

En este apartado preliminar queremos apuntar que la realización de este trabajo se debe, en gran parte, a los periodos de investigación disfrutados en diferentes centros extranjeros, de entre los que destacan el *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (Heidelberg), y el *Institute of Advanced Legal Studies* de la *University of London*, y gracias al apoyo para la investigación, tanto de la Generalitat Valenciana como de la Universidad de Valencia.

Por último, aunque no por ello menos importante, es de justicia agradecer a todos aquellos que, con sus aportaciones, han enriquecido la obra, y entre los que deseo citar expresamente al Profesor José Miguel Embid Irujo, mi director

■ GEOBLOQUEO Y COMERCIO ELECTRÓNICO

de tesis y guía académica constante desde entonces, el Profesor Jürgen Oechler, de la *Georg August Universität de Mainz*, la Profesora Raquel Xalabarder Plantada, de la *Universitat Oberta de Catalunya*, la Profesora Raquel Guillén Catalá, de la *Universidad de Valencia* y a Carmen Cerdá Martínez-Pujalte, Subdirectora de Vigilancia de la CNMC, a quienes ha de eximirse, por supuesto, de las múltiples carencias de este trabajo.

PRÓLOGO

La alta sensibilidad jurídica de nuestros días, sobre todo en lo que atañe a la tutela de la persona, no siempre se ve correspondida en la práctica con un efectivo modo de realización. Las razones para esta discordancia, que recorre la historia entera del Derecho, son evidentemente muchas, si bien casi siempre han sido ubicadas en la esfera institucional, es decir, en los mecanismos creados por el propio ordenamiento para la plena vigencia del *suum cuique tribuere*, por cifrar en esa conocida máxima la esencia del sistema jurídico. Y es que, desde el Derecho romano, sabemos que ninguna ley, por valioso que pueda ser su contenido, resultará socialmente significativa al margen de su aplicación; ello es así, con independencia de que dicha aplicación se lleve a cabo directamente por los sujetos implicados en la relación jurídica, o, de otro modo, mediante la presencia de un ente revestido de autoridad que pueda imponer su criterio, de acuerdo, claro está, con lo que establezca la misma ley cuya efectividad se pretende.

Menos atención se ha solido prestar, cuando menos hasta fecha reciente, al influjo que en la aplicación del Derecho pueda tener la innovación técnica, es decir, la posibilidad de aportar elementos nuevos, por lo común de carácter material, a lo que es consabido y compartido en una determinada sociedad. Si la técnica, al decir de Ortega, es el modo mediante el que el hombre reacciona ante las dificultades de la vida, estaremos de acuerdo en que su papel no ha hecho sino crecer entre nosotros, sobre todo a partir de la revolución industrial, hasta convertirse, actualmente, en un elemento decisivo no sólo de la propia dinámica social sino de la estabilidad misma de las agrupaciones humanas. No se trata únicamente, como es bien sabido, de la aportación de más objetos o cosas nuevas, de bienes tangibles, en suma; la importancia de los bienes inmateriales y,

desde hace algunos años, del mundo digital, no necesita ser destacada cuando la vida contemporánea resultaría sencillamente imposible sin su contribución.

Hablamos de la vida y, por tanto, del Derecho, cuyo carácter de «forma de la vida social» ha sido acreditado hace ya varias décadas por la mejor filosofía jurídica. De modo que también el mundo digital es un elemento más con el que el Derecho contemporáneo ha de contar, sin que, por desgracia, podamos decir que ha tomado posesión efectiva de sus múltiples y diversas vertientes; algunas de ellas, como la relativa a su relieve en el ámbito económico y en el mercado mismo, constituyen quizá el «núcleo duro» de su significado jurídico y se encuentran presentes por doquier, con destacada incidencia en la esfera personal de los ciudadanos.

Los sectores del ordenamiento afectados por ese relieve económico y de mercado del mundo digital son obviamente diversos, si bien parece evidente que pueden ser comprendidos en el ámbito, no siempre preciso y desde luego cambiante, de lo que solemos denominar Derecho mercantil. Y cuando las innovaciones digitales alteren los patrones de funcionamiento del mercado, con arreglo, entre otros, al principio de libre y leal competencia que inspira su regulación en nuestro tiempo, será el Derecho de la competencia quien asuma con especial protagonismo el necesario restablecimiento del orden jurídico mediante la disposición de sus distintos elementos, incluidos los sancionatorios.

El *geoblocking*, geobloqueo o bloqueo geográfico, entre otras formas denominativas, un tanto inestables, difundidas en tiempos recientes, constituye o, quizá mejor, puede constituir, en sí mismo, un elemento de distorsión de ese orden concurrencial, como se muestra ejemplarmente en el libro de la profesora Vanessa Martí Moya al que estas líneas pretenden servir de presentación. En este sentido, es notoria la posibilidad de alterar el funcionamiento del mercado, discriminando a su vez a los consumidores, en particular mediante la disposición de mecanismos de *software* que tengan por finalidad impedir o dificultar las compras *on line* con carácter transfronterizo. Sobre esta base, se hace imposible o, cuando menos, sumamente difícil, la consecución de un mercado único digital, idea acariciada a la vez que ambicionada con particular intensidad en la Unión Europea.

Con la elaboración, entonces, de un sistema de bloqueo geográfico se pone de manifiesto de manera ejemplar el carácter ambivalente de la técnica o, si se prefiere, en este caso, de la tecnología. Resulta evidente, de entrada, el incremento de las posibilidades «positivas», cabría decir, que su generalización (por definición ilimitada, en el terreno digital) ofrece, sin que quepa desconocer, por el contrario, los múltiples efectos inconvenientes derivados de su aprovechamiento indebido. Esa tensión entre lo que se puede hacer, lo que

conviene hacer y lo que, en última instancia, debe ser hecho no es precisamente de hoy, como es sabido, si bien la extraordinaria fuerza expansiva del mundo digital la convierte, por su amplitud y su inmediatez, en un considerable factor de preocupación, también o, sobre todo, para el Derecho.

Pero las posibilidades de obrar del ser humano y la consiguiente utilización de los instrumentos técnicos a su alcance no puede ser enjuiciada de la misma manera si los principios básicos de ordenación social, tutelados por Derecho, son diversos o, mejor, responden a criterios disímiles desde un punto de vista ideológico. Desde una óptica de liberalismo sustantivo, a la que corresponde el entramado principal de la Unión Europea, la práctica del bloqueo geográfico puede merecer, de entrada, una valoración no necesariamente negativa; así lo destaca la autora, trayendo a colación el principio de la libertad de empresa, cuya protección a nivel constitucional se encuentra generalizada, sirviendo a tal efecto, entre nosotros, la disciplina establecida en el artículo 38 de la Carta Magna.

Con todo, la validez de ese principio y su necesario respeto, sobre cuya base podría el *geoblocking* gozar, de entrada, de una aparente legitimidad, no pueden oscurecer la idéntica necesidad de tutela y promoción de otras realidades jurídicamente relevantes, como la idea misma del libre comercio, la defensa de un orden concurrencial en el mercado o la protección de los consumidores. En atención a estas circunstancias, resulta necesario examinar las prácticas características del bloqueo geográfico desde la perspectiva jurídica que mejor se acomoda a sus caracteres, esto es, el Derecho de la competencia, cuyas principales figuras analiza cuidadosamente la profesora Martí, poniendo de relieve la indudable ilicitud de las mismas.

La vertiente antitrust, cuyo tratamiento ocupa buena parte del libro que prologamos, no agota, sin embargo, el relieve concurrencial del *geoblocking*, con ser, como es notorio, la que ha gozado de mayor atención por parte de la doctrina y de los tribunales, además de, por supuesto, de la Unión Europea. Hace falta también, y así lo hace la autora, prestar la atención debida a la vertiente de la lealtad competitiva o, dicho de otra manera, analizar si las prácticas del bloqueo geográfico pueden suponer también algún comportamiento desleal, dentro de la amplia nómina de posibilidades que la normativa en la materia suele contener. Destaca la profesora Martí el relieve que, a tal efecto, puede suponer la idea de discriminación, bien tipificada entre nosotros, pero que, como el resto de las figuras propias del Derecho de la competencia desleal, no ha encontrado en la Unión Europea, más allá de la normativa correspondiente a las prácticas comerciales desleales, el tratamiento que por su importancia merece.

Pero el bloqueo geográfico no sólo repercute sobre los productos o los bienes, es decir, no sólo se refiere a la realización de compras *online*; también

los servicios susceptibles de ser prestados y disfrutados directamente en ese mismo ámbito pueden verse afectados por las diversas prácticas que caracterizan a la figura. Téngase en cuenta, además, que en este campo de actividad, que puede ser ubicado, sin demasiadas dificultades, en lo que denominamos propiedad intelectual es característica la presencia de derechos de exclusiva, generalmente reconocidos en ámbitos territoriales específicos, cuya compatibilidad con un mercado único digital no resulta fácil de conseguir. La autora dedica valiosas reflexiones a este asunto, de importancia extraordinaria en nuestros días, como resulta evidente.

El libro de Vanessa Martí que estas breves líneas intentan presentar al lector ha sido escrito, como el lector apreciará de inmediato, desde un hondo conocimiento de la materia analizada, pero también con una profunda convicción europea. Esta circunstancia no sólo se aprecia por la continua e intensa atención prestada a las normas de la Unión sobre las distintas vertientes que perfilan el tema examinado, empezando por el Reglamento sobre *geoblocking*, cuyas insuficiencias se ponen de relieve, sino, sobre todo, por la nítida toma de postura en torno a la conveniencia de afrontar con decisión el tratamiento normativo de dicha figura. Son muchos los problemas que se plantean, del mismo modo que son numerosos e importantes los intereses que concitan el mercado único digital y las prácticas, como el bloqueo geográfico, que intenta compartimentarlo; de ahí la necesidad de afrontar su ordenación normativa con visión conjunta y unitaria, la única que puede ayudar a la Unión Europea a encontrar, al lado de los gigantes tecnológicos y políticos de nuestros días, la posición que le corresponde ocupar.

No parece dudoso que esos mismos «jugadores globales» han empezado a edificar en torno al mundo digital y la actividad comercial que suscita una suerte de regulación propia, quizá similar en su manera de producirse a las costumbres de las que derivó nuestro Derecho mercantil. En la formación de esta novísima *lex mercatoria* no puede faltar la concurrencia de un actor como la Unión Europea, más allá de los muchos particularismos que en su seno habitan y que amenazan su mantenimiento como institución supranacional en los términos desarrollados hasta el momento. La lectura del valioso libro que Vanessa Martí ha dedicado al bloqueo geográfico constituye no sólo una buena prueba de rigor jurídico en un tema relativo al Derecho de nuestro tiempo, sino también una orientación segura para que su tratamiento normativo pueda llevarse por el mejor camino posible, a fin de dar la debida tutela a los múltiples intereses afectados por su puesta en práctica.

JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO

ABREVIATURAS

AAP	Auto Audiencia Provincial.
<i>ADI</i>	<i>Actas de Derecho Industrial.</i>
AECOSAN	Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición.
AGCM	<i>Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.</i>
AJMerc	Auto del Juzgado de lo Mercantil.
art.	artículo.
AP	Audiencia Provincial.
BEUC	<i>Bureau Européen des Unions de Consommateurs.</i>
B2B	<i>Business to business.</i>
B2C	<i>Business to consumer.</i>
CC	Código Civil.
CCAA	Comunidades Autónomas.
CCo.	Código de Comercio.
CNC	Comisión Nacional de la Competencia.
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
CMA	<i>Competition and Markets Authority.</i>
Coord.	Coordinador/Coordinación.
DIPriv.	Derecho Internacional Privado.
Dir.	Director/Dirección.
Ed.	Editorial.
Eds.	Editores.
<i>et al.</i>	y otros.

■ GEOBLOQUEO Y COMERCIO ELECTRÓNICO

<i>ibid.</i>	En el mismo lugar.
ICPEN	<i>International Consumer Protection and Enforcement Network.</i>
IP	<i>Internet Protocol.</i>
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido.
LCD	Ley de Competencia Desleal, con la reforma de la Ley 29/2009.
Ley 29/2009	Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.
LDC	Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
LM	Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.
núm.	número.
OFT	<i>Office of Fair Trading.</i>
<i>op. cit.</i>	Obra citada.
p./pp.	página/páginas.
RCD	<i>Revista de Derecho de la competencia y la distribución.</i>
RDM	<i>Revista de Derecho Mercantil.</i>
RGD	<i>Revista General de Derecho.</i>
RDPat	<i>Revista Aranzadi de Derecho patrimonial.</i>
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
SJMerc.	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil.
ss.	siguientes.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
t.	tomo.
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TRLGCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
TS	Tribunal Supremo.
UE	Unión Europea.
vol.	volumen.
<i>vid.</i>	véase.

1. INTRODUCCIÓN. EL INCOMPLETO E IMPRESCINDIBLE MERCADO ÚNICO DIGITAL

Internet ha cambiado la forma en que los europeos nos interrelacionamos, nos expresamos y, sobre todo, consumimos, alterando sustancialmente nuestros comportamientos económicos. En los últimos años se ha producido un aumento exponencial del número de ciudadanos que satisfacen todo tipo de necesidades a través de internet: ocio, entretenimiento, formación, etc., quedando pocos mercados que se resistan a la comercialización electrónica. Ello ha producido un considerable auge de la economía digital, que abarca tanto desde el comercio electrónico al *marketing* digital, pasando por el mercado de las telecomunicaciones.

En este marco, internet representa un espacio sin fronteras naturales, abierto por naturaleza, que ha servido para aproximar a consumidores y operadores económicos geográficamente distantes. No obstante, a pesar de estas características inherentes, los datos constatan que el mercado digital no ha desplegado en Europa todo su potencial, siendo todavía escaso el porcentaje de transacciones que se realizan de modo transfronterizo, tal y como han puesto de manifiesto numerosos estudios realizados en el seno de la UE, y de los que trataremos en las siguientes líneas. En efecto, a la hora de realizar transacciones económicas *on-line*, los europeos se ciñen mayoritariamente a su mercado nacional, lo que demuestra una fragmentación y compartimentación del mercado digital europeo que contraria las aspiraciones de integración que están en la base de la Unión Europea desde su creación.

Cuando la libre circulación de bienes y servicios en el mercado físico está ampliamente consolidada, gracias a los ingentes esfuerzos de política legislativa y efervescente actividad jurisprudencial, se constata la preocupante existencia de barreras artificialmente erigidas al comercio electrónico. Es por

ello que la consecución de un verdadero mercado único digital es uno de los principales desafíos a los que se enfrentan, tanto las Instituciones Europeas como los Estados Miembros ¹.

Este mercado único digital ha sido definido como aquel mercado en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales está garantizada, y en el que personas y empresas pueden acceder fácilmente a las actividades económicas y ejercerlas en línea en condiciones de competencia, con independencia de su nacionalidad o lugar de residencia, y con un alto nivel de protección de los datos personales y de los consumidores ².

En efecto, maximizar las oportunidades que ofrece la economía digital, entendida como sector de la economía que comprende los mercados basados en tecnologías digitales que permiten y canalizan el comercio de bienes y servicios a través de internet ³, en términos de creación de empleo y de aumento del PIB, es vital para la sociedad europea.

En este marco contextual fue lanzada la Estrategia Digital por parte de la Comisión Europea en el año 2010, siendo la Agenda Digital para Europa el primer paso de una de las siete iniciativas principales derivadas de la llamada Europa 2020 - Una estrategia para el crecimiento inteligente, sostenible e inclusivo ⁴, y con la que se inicia una fase de actuación clave para el futuro europeo.

En efecto, la escasa permeabilidad transnacional del mercado *on-line* en Europa ha sido una preocupación creciente para la Comisión Europea, que ha mostrado en múltiples ocasiones su firme compromiso con intentar hacer del mercado único digital una realidad, consciente de que de su máximo aprovechamiento pueden derivar unos ingentes beneficios económicos.

No en vano, y aunque las cifras varían ⁵, se ha señalado que «el comercio electrónico genera al año un volumen de 500.000 millones de euros en la Unión Europea y que es un complemento importante del comercio tradicional,

¹ Una estrategia para el Mercado Único Digital de Europa, COM(2015) 192-final, p. 3.

² Directrices Políticas para la próxima Comisión Europea - Un nuevo comienzo para Europa: mi Agenda en materia de empleo, crecimiento, equidad y cambio democrático, de 15 de julio 2014, que establece como su Prioridad núm. 2 la consecución de un verdadero Mercado único digital.

³ Así la definen OPRESCU, G., ELEODOR, D., «The impact of the digital economy's development» en *Competition, International Conference of the Institut for Business Administration in Bucharest*, 2014, disponible en http://www.srac.ro/calitate/en/arhiva/supliment/2014/Q-as_Vol.15_S4_Sept-2014.pdf

⁴ COM(2010) 2020.

⁵ Son varios los estudios que, en los últimos años, han tratado de cuantificar los beneficios que reportaría a la economía de la UE lograr un verdadero mercado único digital. Entre ellos, destaca el tercero de una serie de estudios, dedicado exclusivamente al Mercado único digital: «The cost of Non-Europe III: Digital Single Market», publicado por el European Parliamentary Research Service en septiembre de 2014, y disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/536356/EPRS_STU\(2014\)536356_REV1_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/536356/EPRS_STU(2014)536356_REV1_EN.pdf)

al mismo tiempo que ofrece a los consumidores una gran selección, en particular en las zonas remotas, y que brinda a las pymes nuevas oportunidades»⁶.

Son múltiples los factores por los que la UE no sido capaz, hasta el momento, de extraer el máximo provecho de la economía digital, entre los cuales destaca la existencia de veintiocho (tras el Brexit, veintisiete) mercados digitales fraccionados y relativamente pequeños. En consecuencia, y a pesar de que en la UE el comercio electrónico muestra gran dinamismo⁷, incluso en los años más duros de la crisis económica reciente, gran parte del valor añadido de dicho comercio se ha trasladado, y lo sigue haciendo, a países como EEUU o China, donde están implantados los mayores gigantes tecnológicos (Google, Facebook o Amazon, entre otros), y de los que no existen equivalentes europeos.

La propia Comisión muestra preocupación por el hecho de que, a pesar de que la UE es el mayor mercado de comercio electrónico del mundo, el porcentaje de transacciones realizadas entre Estados Miembros es extremadamente bajo⁸.

Las razones de la reticencia de los consumidores a adquirir bienes o contratar servicios de forma transfronteriza son múltiples y traen causa tanto de factores de índole sociológica, como lingüística o legal, derivados de las diferencias entre las normas nacionales, por ejemplo, sobre protección del consumidor⁹.

⁶ Informe del Parlamento Europeo de 21 de diciembre de 2015 sobre la iniciativa «Hacia un mercado único digital» (2015/2147(INI), disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2015-0371+0+DOC+XML+V0//ES>. Entre nosotros, *vid.* una primera aproximación de ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A., ¿Es posible un mercado único digital? Sobre la iniciativa europea para un mercado único digital, *La Ley mercantil*, núm. 15, 2015.

⁷ El Informe que anualmente publica Ecommerce Europe, ofrece un amplio e ilustrativo panorama del estado y evolución del comercio electrónico en Europa. Según el informe de 2018, disponible en <https://www.haendlerbund.de/de/downloads/e-commerce-europe/european-e-commerce-report-2018.pdf>, Europa occidental es el mayor mercado europeo para el comercio electrónico, gracias a la pujanza de países como Reino Unido, Alemania, Francia, Italia y España, que muestran las cifras más altas de transacciones *on-line* (p. 42), siendo los países del Este los que se revelan menos activos en este sector. No obstante, es Eslovenia el Estado miembro que alberga mayor número de operaciones transfronterizas (p. 49).

En su conjunto, el comercio electrónico en la UE presenta cifras que alcanzan los 600.000 millones de euros anuales, y las cifras globales están en permanente aumento (p. 40). El análisis de los productos o servicios, revela que son las prendas de vestir, los artículos deportivos y los viajes los artículos más solicitados *on-line* (p. 58).

⁸ Así, según datos de Eurostat, por ejemplo, la proporción de individuos de entre 16 a 74 años en la UE que adquirieron productos o servicios *on-line* para uso privado en 2014 fue del 50%, mientras que, en el mismo año, el porcentaje de personas que adquirieron productos o servicios *on-line* de un proveedor establecido en otro Estado Miembro fue sólo del 15%. De forma paralela, siempre según Eurostat, en 2014, el 85,4% de las ventas *on-line* de las empresas que actúan en el entorno virtual fueron domésticas, mientras que sólo el 10,3% fueron transacciones transnacionales. Como excepción, y caso paradigmático, se sitúa Luxemburgo, donde más del 68% de sus residentes realizan transacciones electrónicas transnacionales, y Eslovenia. Commission Staff Working Document Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry, de 15 de septiembre de 2016, SWD(2016) 321 final, pp. 15-17.

⁹ Un interesante estudio empírico sobre las razones que subyacen al escaso porcentaje de transacciones transfronterizas realizadas por los consumidores europeos, aunque en relación al comercio físico en

En cualquier caso, y precisamente a causa de los problemas característicos de la propia integración del mercado europeo, llegar tarde puede pagarse caro en mercados en los que introducir una tecnología pionera puede equivaler a quedarse con todo el mercado, según la regla «*the winner takes all*»¹⁰.

Para hacer frente a las especiales circunstancias europeas y situarnos en disposición de poder desarrollar satisfactoriamente nuestra economía digital, la Comisión ha dedicado un considerable esfuerzo a identificar, primero, e intentar eliminar después, las barreras que afectan al comercio electrónico e impiden la consecución de un verdadero mercado único digital¹¹. Este objetivo se articula sobre tres grandes ejes de actuación, a saber, mejorar el acceso de los consumidores y las empresas a los bienes y servicios en línea en toda Europa, crear las condiciones adecuadas para que las redes y servicios digitales prosperen, y aprovechar al máximo el potencial de crecimiento de la economía digital europea¹².

Por otro lado, las barreras que frenan dicho desarrollo son del todo heterogéneas y las Instituciones han de abordarlas, necesariamente, desde distintas disciplinas. En este sentido, muchas de las iniciativas programadas son, necesariamente, de carácter técnico, y afectan a sectores regulados como las telecomunicaciones o el transporte, pues es necesario crear las condiciones técnicas propicias para el acceso de los ciudadanos al mercado digital. Una vez creadas, sin embargo, hay que asegurar que las condiciones de seguridad y competencia en este mercado son las adecuadas¹³.

zonas fronterizas y sin tomar en consideración el cambio de paradigma que introduce internet, puede verse en THOMMES, K., FAURE, M., HEINE, K., «The internal market and the consumers: What consumers actually chose», *Columbia Journal of European Law*, vol. 21, núm. 1, 2014, pp. 47 y ss.

¹⁰ Como acertadamente señala ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A., *op. cit.*, p. 7/8. A este respecto, procede realizar una reflexión sobre el prematuro interés que desde finales de los noventa ya manifiestan tanto operadores como académicos de otras latitudes por analizar el funcionamiento de los mercados electrónicos y maximizar su potencial, SMITH, M. D., BAILEY, J., «Assessment», en Brynjolfsson, Kahin (eds.), *Understanding the Digital Economy: Data, tools and research*, MIT Press, Cambridge, 2000. Disponible en <http://digital.mit.edu/erik/e-commerce.html>. En este trabajo se enumeran diversas citas científicas sobre la materia, entre las que destacamos, la Conference on «Understanding the Digital Economy» (Washington, DC, mayo 1999), «Reinventing Commerce at Net Speed» (Stanford University, junio 1999), o «Measuring e-Commerce» (septiembre 1999).

¹¹ Las palabras del Presidente de la Comisión, Jean-Claude Juncker, del 6 de mayo de 2015 dejan claro cuál es la meta hacia la que dirigirá su esfuerzo la Comisión en los próximos años: «*I want to see pan-continental networks, digital services that crossborders and a wave of innovative European start-ups. I want to see every consumer getting the best deals and every business accessing the widest market –wherever they are in Europe*».

¹² En este sentido, las Instituciones europeas, principalmente la Comisión, han analizado todos estos obstáculos y planteado soluciones que han sido plasmadas tanto en su Comunicación «Una estrategia para el Mercado único digital de Europa», COM/2015/0192 final, publicada en mayo de 2015, como en la Comunicación relativa a la revisión intermedia de la aplicación de dicha Estrategia, COM(2017) 228 final, publicada en mayo de 2017.

¹³ Esta necesidad ha llevado a elaborar propuestas legislativas para simplificar los contratos transfronterizos, la revisión del Reglamento sobre la cooperación en materia de protección de los consumi-

En este sentido, es natural que ello conlleve una cierta revisión del Derecho privado que ayude a reforzar la confianza y fomentar el uso de los nuevos productos y servicios digitales, garantizando los derechos de ciudadanos y empresas en este nuevo mercado. A efectos del presente trabajo, no obstante, del amplio abanico de medidas programadas para conseguir un verdadero mercado único digital, vamos a centrar nuestra atención en el estudio del llamado bloqueo geográfico, geobloqueo, o *geoblocking*.

res, medidas en el sector de los envíos de paquetería, una reforma del régimen de derechos de propiedad intelectual, la revisión de la Directiva de satélite y cable, propuestas legislativas sobre el IVA, reformas de la normativa sobre telecomunicaciones, una revisión de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual, orientaciones relativas a la aplicación de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales, una revisión de la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, iniciativas sobre la privacidad y la propiedad de los datos, la libre circulación de datos y una nube europea, normas sobre la administración electrónica, y una iniciativa para instaurar la interconexión de los registros mercantiles.

2. EL *GEOBLOCKING* COMO INSTRUMENTO DE COMPARTIMENTACIÓN DEL MERCADO ÚNICO

Como decíamos, el mercado digital es una parte cada vez más importante del mercado único europeo. Como hemos visto, a pesar de la naturaleza intrínsecamente abierta de internet, la escasa permeabilidad transnacional hace que el mercado digital europeo esté lejos de ser único, funcionando, más bien, como veintiocho (o veintisiete, tras el *Brexit*) mercados distintos.

Además de las dificultades lingüísticas, las derivadas de las diferencias regulatorias, o de los diferentes gustos y hábitos de consumo de los europeos según su Estado de procedencia, existen otros motivos menos confesables para esta fragmentación.

En efecto, una parte importante de operadores económicos han preferido contrarrestar los considerables efectos procompetitivos de internet, entre los cuales pueden destacarse el aumento de la transparencia y la reducción de los costes de transacción, a través de la erección de barreras artificiales y propiamente digitales, inexistentes en el mercado offline. Su carácter inherentemente tecnológico y su novedad son dos de los motivos por los que las Instituciones han encontrado especiales dificultades para lidiar con ellas¹⁴.

El *geoblocking* puede definirse como una barrera al comercio transfronterizo articulada sobre mecanismos de software específicos que permiten discriminar a los consumidores basándose en su residencia (o nacionalidad), compartimentando, en consecuencia, los mercados nacionales.

¹⁴ Más en profundidad sobre la nueva tipología de restricciones al comercio propias de los entornos digitales puede verse en MARTÍ MOYA, V., «El Mercado único digital y las restricciones a la competencia en el comercio *on-line* de bienes», *ADI*, núm. 37, 2016/2017, y la bibliografía, nacional e internacional allí citada.

En este contexto, es evidente que el *geoblocking*, entendido como cualquier barrera tecnológica que tenga por finalidad impedir o dificultar las compras *on-line* de forma transfronteriza¹⁵, o sea utilizada para impedir o dificultar el disfrute de forma transfronteriza de un servicio de contenido digital, cobra una especial importancia para la consecución del mercado digital.

El *geoblocking* representa una barrera al comercio propia del entorno digital y su uso ha proliferado al albur del desarrollo de software específico que permite la geolocalización de los dispositivos desde los que se realiza una transacción. Dentro de la amalgama de recursos englobados bajo el nombre de *geoblocking*, los obstáculos al comercio *on-line* más habituales a los que se enfrentan los consumidores son varios.

Éstos pueden consistir en el bloqueo del acceso a un determinado sitio web, una vez localizada la IP del ordenador o dispositivo desde el que se pretende realizar la transacción, la imposibilidad de realizar el pago mediante tarjeta emitida en un Estado distinto, o la imposibilidad de recibir la mercancía una vez introducida la información sobre la residencia del comprador.

Por otro lado, suele emplearse la terminología *geo-filtering* para aludir a aquellas medidas que, sin impedir la transacción, permiten ejecutarla ofreciendo diferentes condiciones para los consumidores dependiendo de su Estado de residencia. Como ejemplos pueden citarse la redirección al sitio web del Estado de residencia del consumidor, un aumento del precio, o una reducción de las prestaciones ofrecidas, tales como diferencias en las garantías ofrecidas por el vendedor, diferencias en la composición del producto, etc.

En suma, la geolocalización previa al bloqueo puede obtenerse por varias vías distintas: bien a través de la dirección IP del ordenador u otro dispositivo, bien de la dirección del emisor del medio de pago (tarjeta de crédito o débito utilizada), o de la información personal facilitada por el comprador relativa a su residencia o a su número de teléfono.

Por su innegable capacidad para compartimentar los mercados nacionales, puede decirse que el *geoblocking* representa una de las mayores amenazas a las que se enfrenta el mercado único en la era de internet y es, por ello, objeto de la máxima atención por parte de las Instituciones¹⁶.

¹⁵ Véase una definición similar en ARPIO SANTACRUZ, J., «Fundamento y alcance de la regulación europea sobre el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación», *RCD*, núm. 22, 2018, p. 3/32, como «conjunto de prácticas comerciales dirigidas a impedir que determinados clientes, seleccionados con un criterio de localización geográfica, puedan acceder y/o comprar bienes o servicios ofrecidos a través de una interfaz en línea».

¹⁶ Han sido numerosas las intervenciones de representantes de las instituciones europeas que han colocado estas prácticas en el punto de mira tanto de la Comisión como del Parlamento, por sus riesgos para el mercado único. Entre otras, la Comisaria de Mercado interior, Elżbieta Bieńkowska «La discri-

Pero, si bien la definición del fenómeno no presenta excesiva complejidad, la cuestión se torna diversa a la hora de analizar sus efectos, causas y, en definitiva, la legitimidad o deslegitimidad de estas prácticas. En efecto, las cuestiones clave a la hora de abordar las restricciones al comercio electrónico basadas en circunstancias de índole geográfica son varias.

En este sentido, a priori, resulta pacífico que la libertad de empresa ampara la autonomía de los operadores a la hora de fijar su ámbito geográfico de actuación. Es decir, un determinado operador puede libremente decidir si estar presente en un mercado nacional o en varios. En un sentido similar, cabe reflexionar sobre si esta libertad permite impedir que los residentes en los Estados en que no se opera, accedan a sus ofertas o servicios cuando son ofrecidos *on-line*¹⁷.

Por último, y en relación con lo anterior, puede plantearse la cuestión sobre si a los operadores paneuropeos (aquellos presentes en distintos Estados miembros) les ampara la libertad de aplicar condiciones distintas en cada uno de los Estados en los que están presentes.

La respuesta a estas cuestiones no es sencilla, y adquiere mayor complejidad cuando el objeto de la transacción no son bienes, sino servicios prestados y disfrutados directamente *on-line*, tales como los servicios de entretenimiento digital, por poner un ejemplo. Por otro lado, y aunque según el estado actual de desarrollo legislativo las respuestas a las cuestiones planteadas fuesen mayoritariamente afirmativas, ¿sería conveniente *de lege ferenda* introducir normativa más estricta?

La respuesta, decíamos, no es sencilla, pues confluyen en ella varios de los principios y derechos fundamentales propios de las Constituciones Económicas de los Estados miembros y aspectos de la peculiar construcción europea que pueden, en ocasiones, resultar antagónicos entre sí: la libertad de empresa, la no discriminación del consumidor, o la integración del mercado europeo único, por citar algunos que serán desarrollados a lo largo del trabajo.

2.1 DOBLE PERSPECTIVA DEL *GEOBLOCKING*: DECISIÓN UNILATERAL O PRÁCTICA CONCERTADA

El *geoblocking*, o la negativa a atender las solicitudes de compra de consumidores localizados en Estados Miembros distintos al del operador, presen-

minación entre los consumidores de la UE como consecuencia de la pretensión de segmentar los mercados según las fronteras nacionales no tiene cabida en el mercado único». Nota de prensa disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1887_es.htm

¹⁷ La cuestión en el mercado físico no suscita duda alguna, pues no es posible discriminar en un establecimiento a un adquirente por razón de su nacionalidad exigiéndole exhibir, por ejemplo, un documento de identidad.

ta connotaciones distintas según se deba a una decisión unilateral del mismo, o sea fruto de una práctica concertada, ya sea vertical u horizontal.

En el primer caso, cuando un operador decide de forma unilateral establecer diferencias en su relación con los consumidores por razón de su residencia o nacionalidad utilizando técnicas de *geoblocking*, está erigiendo obstáculos a la integración del mercado porque limita su libertad de adquirir el bien o servicio en cualquier Estado Miembro de su elección. Sin embargo, pueden existir razones que justifiquen esta diferencia de trato sobre la base, fundamentalmente, de las diferencias de costes. Estos supuestos deben necesariamente abordarse desde la perspectiva de la protección de los consumidores y de la integración del Mercado Único a través de medidas legislativas¹⁸.

Precisamente, en los últimos años la Comisión, y el resto de Instituciones europeas han emprendido una suerte de cruzada contra el *geoblocking*, fruto de la cual están viendo la luz numerosas iniciativas legislativas, enmarcadas en el Paquete «*Better Access for consumers and business to on-line goods*» de la Agenda Digital mencionada.

Por su importancia, puede citarse el Reglamento sobre *geoblocking* y otras formas de discriminación basada en la nacionalidad de los consumidores, lugar de residencia o lugar de establecimiento en el seno del mercado interior, la propuesta legislativa sobre servicios de paquetería transfronterizos para aumentar la transparencia de los precios y mejorar la supervisión reglamentaria, o la propuesta legislativa para reforzar la defensa de los derechos de los consumidores, y delimitar las prácticas comerciales desleales en el mundo digital. Todas ellas han de ser especialmente cuidadosas en el tratamiento de los diferentes intereses en conflicto, y algunas de ellas serán abordadas en un apartado posterior.

Sin embargo, no es ésta la única esfera jurídica desde la que proyecta sus efectos el *geoblocking*. En efecto, cuando el *geoblocking* es fruto de un acuerdo, normalmente impuesto por el fabricante a los distribuidores nacionales para proteger las exclusivas nacionales, o es fruto de una práctica colusoria horizontal para la división de mercados, las medidas de *geoblocking* pueden resultar en una compartimentación del mercado contraria, también, al Derecho de la competencia. Incluso una práctica unilateral de compartimentación a través de *geoblocking*, si el operador ostentase una posición de dominio, puede tener claras repercusiones para esta rama del Derecho.

Aunque en cualquiera de los supuestos mencionados las consecuencias del *geoblocking* para el consumidor son las mismas, no lo son sus causas ni

¹⁸ Véase una primera aproximación en ARPIO SANTACRUZ, J., *op. cit.*, pp. 5/32 y ss.

pueden serlo las formas de abordarlas. En efecto, el *geoblocking* plantea retos distintos que han de ser afrontados, separada, pero coordinadamente, por dos de los instrumentos básicos de la integración económica europea: el Derecho de la competencia, por una parte, y la construcción del mercado único en torno a la libre circulación de bienes y servicios, por otra.

Estos instrumentos, lejos de ser compartimentos estancos de la construcción europea, tal y como la doctrina ha puesto sobradamente de manifiesto, van estrechamente ligados. En efecto, por un lado, la aplicación vigorosa de los artículos 101 y 102 TFUE contribuye a la integración económica de los Estados miembros cuando impide prácticas que restringen el comercio transfronterizo. Por otro lado, la eliminación de las restricciones a la libre circulación y al libre establecimiento facilita la competencia entre operadores¹⁹, hasta el punto de poder afirmar que «el libre comercio es una especie de programa antimonopolio en sí mismo»²⁰.

Por todo ello, parece conveniente abordar el fenómeno desde sus dos perspectivas, a fin de determinar si pueden establecerse interferencias entre el desarrollo legislativo y el jurisprudencial que puedan restar eficacia a las acciones para combatirlo, y valorar el concreto alcance de estas últimas.

2.2 EL REGLAMENTO SOBRE *GEOBLOCKING*. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y OTROS ASPECTOS CONFLICTIVOS

Desde la primera de estas perspectivas, la Comisión europea ha liderado la lucha contra la discriminación de los consumidores en el mercado electrónico, labor que ha sido canalizada, fundamentalmente, a través de la Dirección General de Justicia y consumidores. En este marco, el impulso de determinados *stakeholders* y grupos de presión ha sido fundamental en los avances, relativamente rápidos, de esta reciente cruzada²¹.

¹⁹ IBÁÑEZ COLOMO, P., «Article 101 TFUE and market integration», *Journal of Competition Law & Economics*, 12 (4), 2016, p. 750.

²⁰ STIGLER, G. J., «The Economists and the Problem of Monopoly», *University of Chicago Law Occasional Paper*, núm. 19 (1983), p. 10. Disponible en http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1031&context=occasional_papers

²¹ Véase, por todos, <https://endgeoblocking.eu/es/>, campaña que proyecta los sentimientos de un heterogéneo grupo de intereses, entre los cuales BEUC, Asociación Europea de Consumidores, quienes se manifiestan claramente contra el *geoblocking* porque «nunca aceptaríamos tener que enseñar nuestro pasaporte cuando vamos de compras por la avenida principal... Sin embargo, esto pasa a menudo cuando lo hacemos *on-line*... Las prácticas territorialmente discriminatorias deberían terminar... Ayudaría a frenar la piratería y ayudaría a todos los consumidores a disfrutar de la diversidad cultural de Europa».

Como sucede, sin embargo, en tantos casos cuando se trata de iniciativas europeas, al tratarse de un fenómeno poliédrico en el que confluyen aspectos tanto de protección del consumidor, como de integración del mercado y de defensa de la competencia, su tratamiento ha de hacerse desde una perspectiva necesariamente transversal, estando también involucradas la Dirección General de mercado interior, industria, emprendimiento y PYMES²².

Ya en 2015, y en el marco del paquete «*Better Access for consumers and business to on-line goods*» de su Agenda Digital, la Comisión publicó la Propuesta de Reglamento sobre *geoblocking* y otras formas de discriminación basada en la nacionalidad de los consumidores, lugar de residencia o lugar de establecimiento en el seno del mercado interior²³. Esta medida se erige sobre la base del artículo 114 TFUE, que permite a la UE adoptar medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales de los Estados miembros, en materia de libre circulación de mercancías y de servicios, que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior²⁴.

Este texto, convertido en Reglamento en febrero de 2018²⁵, sólo aborda aquellos casos en que las empresas, de forma unilateral y sin que la transnacionalidad de la operación suponga dificultades añadidas o costes adicionales considerables, deciden rechazar el acceso de los consumidores a su oferta comercial por razón de su residencia, establecimiento o nacionalidad. Deja, por tanto, al margen de su regulación las situaciones en que la discriminación deriva de un acuerdo colusorio entre empresas o de un abuso de posición de dominio con efectos sobre la competencia, situaciones éstas que han de ser abordadas desde el Derecho de la competencia y que trataremos en un momento ulterior.

El *geoblocking* así definido viene considerado injustificado, por oposición a aquel *geoblocking* que puede estar basado en la existencia de justificaciones objetivas, ya sean de naturaleza jurídica y/o económica, derivadas de varios factores.

Las diferencias entre los distintos regímenes tributarios, fundamentalmente en lo que respecta a la declaración del IVA en transacciones con consu-

²² Véase https://ec.europa.eu/growth/single-market/digital_es, y la Dirección General de Competencia, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiries_e_commerce.html

²³ Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo sobre las medidas contra el bloqueo geográfico y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad o del lugar de residencia o de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE. COM/2016/0289 final, de 25 de mayo de 2016.

²⁴ ARPIO SANTACRUZ, J., *op. cit.*, p. 13/32.

²⁵ Reglamento 2018/302, de 28 de febrero de 2018, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) núm. 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE.

midores finales, las divergencias entre las distintas normativas de consumo nacionales, la incertidumbre relativa a la ley aplicable derivada del análisis casuístico exigido por el Reglamento Roma I, la falta de servicios de paquetería y transporte asequibles y de calidad, o los problemas derivados de la titularidad de licencias territoriales, han sido identificados como elementos fundamentales a la hora de rechazar transacciones transfronterizas²⁶.

En ausencia de estas circunstancias, las razones que subyacen al *geoblocking* se revelan algo menos confesables, por subyacer en ellas, normalmente, una voluntad de fragmentación de mercados que permite maximizar la rentabilidad en atención, entre otros, a los distintos parámetros de riqueza de los consumidores segmentados por territorios²⁷.

En efecto, algunos estudios han determinado altos niveles de dispersión de precios en el conjunto del mercado europeo, que van desde el 20 % al 40 % en las categorías de productos de consumo más habitual. Junto a factores basados en costes, existe, sin embargo, una notable relación entre las diferencias de precios y los niveles de renta per cápita de cada territorio nacional.

Para la Comisión Europea, este tratamiento diferenciado basado en la segmentación territorial no es admisible si la solicitud de compra se realiza de forma espontánea (venta pasiva) y el consumidor final se halla en la misma situación que el consumidor nacional.

No se nos escapa que la discriminación entre consumidores ha sido una constante preocupación para la Comisión, que tiempo atrás había abordado el problema de modo transversal mediante la Directiva de servicios 2006/123, aunque con escaso éxito²⁸. En efecto, el artículo 20 de este texto legal establece expresamente el principio de no discriminación de los usuarios sobre la base de su nacionalidad o residencia, aunque la permitía siempre que *el trato desigual en el acceso al servicio estuviese justificado por razones objetivas*.

²⁶ Estos son algunos de los motivos usualmente alegados por los operadores para justificar la discriminación entre consumidores. *Vid.*, en detalle el Informe de impacto que acompaña a la Propuesta de Reglamento sobre *geoblocking* y otras formas de discriminación, de 25 de mayo de 2015, SWD(2016) 173 final, pp. 15 y 16. *Vid.*, asimismo, VAN ROMPUY, B., «A Europe without Digital Borders: Beyond the Reach of Antitrust», *European Competition & Regulatory Review (CoRe)*, núm. 2, 2017, pp. 93 y ss.

²⁷ Al respecto, la doctrina económica exhibe una notoria falta de consenso sobre si la discriminación de precios por territorios tiene efectos positivos o negativos netos en la riqueza y el bienestar globalmente considerado. Al respecto, el reciente trabajo de SOBOLEWSKI, M., GYÓDI, K., ZIEMBIŃSKI, M., «What drives price dispersion in European e-commerce industry?», disponible en http://coin.wne.uw.edu.pl/mso-bolewski/papers/on-line_price_dispersion.pdf y cuyos datos fueron extraídos del estudio sobre «Analysis of the geoblocking mechanism in the context of Price differentiation in cross-border e-commerce in the European Union», encargado por el Ministerio polaco de Asuntos Exteriores en 2016.

²⁸ Directiva 2006/123, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior.

Esta derogación al principio general restó eficacia al precepto, que quedó en poco tiempo desvirtuado, quizás, por la vaguedad con la que quedaba redactada dicha posibilidad y la amplitud del elenco no exhaustivo de *razones objetivas* contenido en su considerando 95. En él se establece que el principio de no discriminación en el mercado interior implica que «el acceso de un destinatario (...) a un servicio (...) no puede denegarse o restringirse sobre la base de la nacionalidad del destinatario o su lugar de residencia.

Esto no obsta para que (...) puedan preverse para la prestación de un servicio tarifas, precios y condiciones variables justificadas directamente por factores objetivos que pueden variar de un país a otro, como los costes adicionales ocasionados por la distancia, las características técnicas de la prestación, diferencias en las condiciones del mercado, como una demanda más o menos elevada influenciada por temporalidad, distintos períodos de vacaciones en los Estados miembros o distintas políticas de precios por parte de los competidores, o los riesgos adicionales derivados de normativas distintas de las del Estado miembro de establecimiento. Tampoco cabe afirmar que la no prestación de un servicio a un consumidor por falta de los derechos de propiedad intelectual e industrial necesarios en un territorio particular suponga una discriminación ilegal»²⁹.

Consciente de ello, la Comisión ha dado un paso regulatorio más decidido, aprobando el reciente Reglamento 2018/302, que prohíbe la discriminación de los consumidores por motivos de residencia o nacionalidad, en adelante Reglamento sobre *geoblocking*.

A pesar del ambicioso tenor del título, quizás elegido por motivos de pedagogía, la lectura del ámbito de aplicación del Reglamento procura al lector un primer desencanto. En efecto, la Comisión, consciente de que el camino hacia la completa eliminación de la discriminación en el mercado digital ha de ser necesariamente paulatino, ha optado por dar un alcance limitado a la norma³⁰.

Aunque la lectura de los considerandos pueda inducir a pensar que cualquier consumidor podrá adquirir *on-line* cualquier bien o servicio disponible en cualquier Estado miembro, en realidad el Reglamento sólo resulta aplicable a situaciones concretas considerablemente puntuales.

²⁹ RUBIO VICENTE, P. J., «El principio de fin del bloqueo geográfico en el comercio electrónico transfronterizo», *RCD*, núm. 20, 2017, p. 5, quien manifiesta que tanto el artículo 18 TFUE como el artículo 20 de la Directiva de servicios son disposiciones que se limitan a establecer principios generales, de muy difícil concreción en la práctica.

³⁰ En este sentido resulta oportuno recordar las palabras de Robert Schuman en su Declaración de 9 de mayo de 1950, «Europa no se hará de una vez ni en una obra de conjunto: se hará gracias a realizaciones concretas», y retomadas por DE LA VEGA MERINO, D., «El Derecho europeo y la libre circulación de contenidos audiovisuales en línea», *Actualidad Civil*, núm. 1, 2017, p. 2.

En este sentido, de su ámbito de aplicación objetivo se excluyen, expresamente, determinados sectores tales como la sanidad pública, los servicios financieros, los audiovisuales, o el juego y apuestas, debido a sus especificidades y al carácter sensible de los bienes o servicios tutelados. Por estas razones, todos ellos están sometidos a amplias facultades de supervisión y regulación de acceso por parte de los Estados, lo que dificulta su prestación transfronteriza.

La fragmentación que de ello se deriva resulta, en algunos casos, no obstante inaceptable para la Comisión, que ha comenzado a trabajar en algunas iniciativas sectoriales³¹, el estudio de cuyo contenido excede, con mucho, los márgenes del presente trabajo.

2.2.1 Especial referencia a los contenidos digitales protegidos por derechos de autor

Garantizar un mejor acceso de los consumidores europeos a los servicios en línea de productos audiovisuales y musicales es una de las prioridades de la Comisión europea, a la luz de la especial atención prestada en la importante investigación sectorial sobre *e-commerce* iniciada en 2015³². Esta investigación confirmó lo que era un secreto a voces, que los usuarios que desean acceder desde otro Estado miembro a contenidos digitales en internet que se emiten en abierto en su Estado de origen, como norma general no pueden hacerlo³³. En realidad, y hasta la aprobación del Reglamento de portabilidad, los usuarios europeos ni siquiera podían disfrutar de los contenidos digitales a los que estaban suscritos en el Estado de origen cuando se desplazaban temporalmente a otro Estado³⁴.

Sin embargo, los motivos que están en la base de este fraccionamiento del mercado son, fundamentalmente, de origen legal. En efecto, para emitir

³¹ Véase, por ejemplo, la Comunicación de la Comisión «Plan de acción de servicios financieros destinados a los consumidores: mejores productos y una oferta más variada», de 23 de marzo de 2017, COM(2017) 139 final, que se centra en el papel de la tecnología. De nuevo, un mejor acceso a los servicios en línea y la innovación en este sector propiciaría el avance hacia una mayor integración del mercado de servicios financieros. De nuevo este texto se refiere las prácticas de *geoblocking*, lo que demuestra que es una materia transversal que afecta a todos los sectores que operan *on-line*. Más en profundidad, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-609_es.htm.

³² Y cuyos resultados pueden consultarse en el Informe final de la investigación sectorial sobre el comercio electrónico de 10 de mayo de 2017 COM(2017) 229 final, ya citado y disponible en http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_es.pdf

³³ Así lo expresa DE LA VEGA MERINO, «El derecho europeo y la libre circulación», cit., p. 3.

³⁴ Esta anómala situación ha venido corregida por el Reglamento 2017/1128, de 14 de junio de 2017, relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior, sobre el que trataremos en un apartado ulterior.

muchos de estos contenidos digitales, los proveedores han de obtener las correspondientes licencias de los titulares de los derechos de autor de las obras. Dado que la concesión de estas licencias suele realizarse sobre una base territorial, normalmente de carácter nacional, la fragmentación del mercado es, en este sentido, lógica, sobre todo en los modelos tradicionales de radiodifusión por antena por razones técnicas y presupuestarias.

Sin embargo, y aunque estos motivos no se sustentan en los nuevos modelos de servicios en línea, y aunque el informe final de la investigación sectorial confirme que casi el 60 % de los proveedores de contenidos digitales que participaron en la investigación habían acordado contractualmente aplicar el bloqueo geográfico con los titulares de los derechos, este es un problema que excede, con mucho, las posibilidades de un texto legal como el Reglamento de *geoblocking* y, por ello, estos servicios han quedado excluidos.

Esta es una materia que ha de abordarse, por un lado, desde una reforma de los derechos de autor que fomente la concesión de licencias paneuropeas, o contemple formas de agotamiento del derecho, y, por otro, desde el Derecho de la competencia. Y efectivamente, desde ambas perspectivas se están emprendiendo acciones en este sentido, como veremos en un punto ulterior del trabajo.

2.2.2 Aplicación territorial y cuestiones relativas a la jurisdicción

En cuanto a su aplicación territorial, el texto sí denota una mayor ambición, ya que el reglamento afecta a cualquier operador que comercie en el seno de la Unión Europea, independientemente de que ostente la condición de empresario. Ello implica que toda transacción concerniente a productos o servicios ofrecidos y suministrados en el seno de la Unión Europea quedaría amparada por el nuevo marco regulatorio, aunque el domicilio del operador esté situado fuera de la misma.

Ello entraña ventajas para el consumidor, que suele afrontar no pocas dificultades para determinar la ubicación de una sociedad que opera *on-line*, a la vez que reduce las posibilidades del operador de defraudar la norma mediante una simple domiciliación en un tercer Estado, situando, así, en pie de igualdad a operadores europeos y no europeos³⁵.

Por cuanto concierne a su ámbito subjetivo, la propuesta resulta aplicable a adquirentes finales que no compren con ánimo de revender. Es decir, en principio habría que entender que protegería tanto a los consumidores que utilicen

³⁵ Informe de impacto, cit., pp. 5 y 6.

el bien para consumo propio, como también a las empresas que adquieran productos o servicios a fin de utilizarlos como destinatario final sin ánimo de reventa, ni en su forma original ni transformados³⁶. Entendemos, así, que el Reglamento sería aplicable a la compra de un ordenador por parte de un negocio de papelería o de alimentación, pero no lo sería a la adquisición de los lápices de colores o los alimentos.

Esta interpretación, que es confirmada por las propias orientaciones de la Comisión al afirmar que *«las reglas del Reglamento se aplican, en principio, tanto a las transacciones entre empresario y consumidor (B2C), como a las operaciones entre empresarios (B2B), siempre que estas últimas se realicen en condiciones generales de acceso (no sean individualmente negociadas) y la transacción tenga por único fin el uso final (sin intención, por tanto, de revender, transformar, procesar, alquilar o subcontratar)»*, sin embargo, puede suscitar diversas cuestiones.

Al respecto, cabe plantearse si la delimitación que hace el Reglamento es concorde con la clásica distinción entre contrato de compraventa mercantil y civil de nuestro Código de Comercio³⁷. En efecto, para ambas normas la línea que distingue el uso final de la reventa puede ser en ocasiones difícil de trazar³⁸, y ello puede dar lugar a dudas interpretativas, para cuya aclaración, por ser una cuestión de Derecho europeo, habrá que estar a la doctrina del TJUE, y no a las soluciones que nuestra doctrina patria haya podido aportar en relación a la delimitación del contrato de compraventa mercantil.

En este sentido, se excluyen expresamente del Reglamento de *geoblocking* las transacciones realizadas con ánimo de reventa (las compraventas mercantiles) a fin de no obstaculizar el funcionamiento de las redes de distribución, que deberán de ser acordes, en todo caso, con el Derecho de la competencia³⁹.

³⁶ En <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/10-key-features-geo-blocking-regulation>.

³⁷ Artículo 325 CCo.: «Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa».

³⁸ Piénsese en los productos cosméticos que utilizan los salones de peluquería, las bobinas de papel de las cajas registradoras o los talonarios de albaranes o facturas.

³⁹ Sin embargo, esa protección no debe hacerse extensiva a los clientes que adquieran un producto o un servicio para la reventa, transformación, procesamiento, alquiler o subcontratación posteriores, ya que ello afectaría a sistemas de distribución muy utilizados entre empresas en un contexto de empresa a empresa, que a menudo son negociados de forma bilateral y directamente vinculados con las estrategias comerciales tanto en fases anteriores como posteriores. Ejemplos de regímenes de este tipo incluyen la distribución selectiva y exclusiva, que generalmente permite que los fabricantes seleccionen a sus minoristas, con sujeción al cumplimiento de las normas de competencia. El presente Reglamento, por lo tanto, debe entenderse sin perjuicio de las prácticas no discriminatorias de los comerciantes que limiten las transacciones o las transacciones repetitivas, a fin de impedir que las empresas adquieran cantidades que excedan sus necesidades internas, teniendo debidamente en cuenta la dimensión de las empresas, con vistas a identificar si la adquisición está destinada exclusivamente a un uso final. (Par. 16, Exposición de motivos).

En efecto, los sistemas de distribución pueden establecer restricciones en el seno de las relaciones verticales que se crean entre productor y distribuidor o entre distintos distribuidores, que serán legítimas siempre que respeten las normas de competencia, tal y como veremos más adelante. En todo caso, avanza el Reglamento, serán contrarios al mismo y, por tanto, nulos, los acuerdos que, en sede de distribución, limiten al vendedor las ventas pasivas que infrinjan el tenor del Reglamento (art. 6).

Como es sabido, el lugar en que el comerciante desarrolla su actividad *on-line* tiene importantes consecuencias para determinar dónde puede ser demandado por el consumidor y qué ley resulta aplicable. En este sentido, los Reglamentos Bruselas I y Roma I han sido objeto de nutridas resoluciones del TJUE que han perfilado su alcance.

Por ello, y aunque el Reglamento sobre *geoblocking* pretenda salvar estas cuestiones al afirmar que «garantiza a los comerciantes que la observancia del presente Reglamento como tal no significa que el comerciante dirige sus actividades a un determinado Estado miembro a efectos del Reglamento 593/2008 (Roma I), y del Reglamento 1215/2012 (Bruselas I), que regulan las cuestiones relativas a la legislación aplicable y la competencia judicial»⁴⁰, ello requiere siquiera un breve detenimiento. En efecto, conviene analizar si, a pesar de la rotundidad del Reglamento, pueden resultar implicaciones para los operadores económicos que deban facilitar el acceso a sus productos a consumidores (y no consumidores) de otros Estados miembros, al hilo de los arts. 6, 7 y 17 del Reglamento Bruselas I⁴¹.

⁴⁰ En efecto, el artículo 1.6 reza:

«El presente Reglamento se entenderá sin perjuicio del Derecho de la Unión relativo a la cooperación judicial en materia civil. Del cumplimiento del presente Reglamento no se derivará que un comerciante dirige sus actividades al Estado miembro de residencia habitual o domicilio del consumidor en el sentido del artículo 6, apartado 1, letra b), del Reglamento 593/2008 y del artículo 17, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 1215/2012. En particular, cuando un comerciante, que actúa de conformidad con los artículos 3, 4 y 5 del presente Reglamento, no bloquea ni limita el acceso de los consumidores a su interfaz en línea, no redirige a los consumidores a una versión de su interfaz en línea basada en la nacionalidad o lugar de residencia de los mismos diferente de la interfaz en línea a la que hubiesen tratado de acceder inicialmente, no aplica condiciones generales de acceso diferentes al vender productos o prestar servicios en los supuestos previstos en el presente Reglamento, o acepta instrumentos de pago emitidos en otro Estado miembro de manera no discriminatoria, no se considerará, *únicamente por esos motivos*, que dicho comerciante dirige sus actividades al Estado miembro en que el consumidor tiene su domicilio o residencia habitual. Tampoco se considerará, *únicamente por dichos motivos*, que el comerciante facilita información y asistencia al consumidor tras la celebración del contrato conforme a las obligaciones que le incumben en virtud del presente Reglamento».

⁴¹ Las implicaciones que este Reglamento puede tener sobre las normas de Derecho internacional privado han sido señaladas por la doctrina de esta rama del Derecho, tal y como puede verse en LÓPEZ-TARRUELA MARTÍNEZ, A., «El Reglamento 2018/302 sobre bloqueo geográfico injustificado y su relación con el criterio de las actividades dirigidas», *Bitácora Millenium DIPriv*, núm. 7, 2018, y la bibliografía allí citada.

A este respecto, conviene traer a colación la abundante jurisprudencia relativa a los «factores de conexión» necesarios en el comercio *on-line* para determinar la jurisdicción y la ley aplicable y, en este sentido, es de destacar la sentencia *Pammer y Hotel Alpenhof*⁴², en la que se planteaba la cuestión de si basta con que se pueda acceder a través de internet a la página web del vendedor para poder afirmar que la actividad está «dirigida» a un Estado, en el sentido del artículo 15, apartado 1, letra c, del Reglamento núm. 44/2001 (hoy art. 17 Reg. 1215/2012).

En principio, si bien es cierto que a falta de reglas interpretativas específicas, el TJUE ha considerado aplicable el principio general de protección de la parte más débil, al declarar de forma reiterada que la función del régimen particular que establecen las disposiciones del Convenio de Bruselas sobre la competencia en materia de contratos celebrados con consumidores consiste en garantizar una protección adecuada al consumidor, en cuanto parte del contrato que se considera económicamente más débil y jurídicamente menos experta que su contraparte profesional (par. 58), dicha protección no es absoluta.

En nuestra opinión, y siguiendo la teoría del TJUE lo relevante es constatar la voluntad de dirigirse a otro u otros Estados miembros y, determinar de qué forma debe manifestarse dicha voluntad. En este sentido, el TJUE ha entendido que la mera existencia de una página web no basta para entender que la actividad está dirigida a todos los Estados desde los cuales se pueda acceder.

Por el contrario, ha de estarse a los indicios que permiten determinar si una actividad está «dirigida» al Estado miembro del domicilio del consumidor, y en este punto son relevantes todas las expresiones manifiestas de la voluntad de atraer a los consumidores de dicho Estado miembro, como, por ejemplo, la mención según la cual este ofrece sus servicios o sus bienes en uno o varios Estados miembros designados específicamente. También demuestran la existencia de esa voluntad los gastos en un servicio de remisión a páginas web en internet prestado por una empresa que explota un motor de búsqueda, con el fin de facilitar el acceso al sitio del vendedor a consumidores domiciliados en diferentes Estados miembros (como Google), (par. 81). En lo que respecta a la lengua o la divisa empleadas, éstas no serán determinantes si son las habituales en el Estado donde opera el comerciante, pero sí será un indicio a considerar si la página web permite a los consumidores utilizar otra lengua u otra divisa distintas (par. 82).

Tal y como afirma la Comisión, esta jurisprudencia permanece totalmente vigente tras la entrada en vigor del Reglamento sobre *geoblocking*, por lo

⁴² Asuntos acumulados C-585/08 y C-144/09.

que sigue primando la determinación de la pasividad o dinamismo del operador, que ha de permitir la contratación a los consumidores cuando son éstos quienes toman la iniciativa, pues es un hecho cierto que el consumidor medio, fundamentalmente el más joven, es cada vez más proactivo en la búsqueda, transfronteriza o no, de la mejor oferta en la red.

En conclusión, si de conformidad con todos estos aspectos no puede predicarse que el operador dirija su actividad hacia un Estado, el mero hecho de celebrar un contrato en cumplimiento del Reglamento no puede revertir dicha premisa. Con ello, se está preservando a los destinatarios del Reglamento de la aplicación de leyes extranjeras y de la obligación de someterse a la jurisdicción de Tribunales no nacionales, evitándoles los costes, no despreciables, que ello podría entrañar. Aunque se han vertido voces críticas con esta opción legislativa, esta solución que conjuga el principio de libertad de empresa con la integración del mercado y la no discriminación.

En efecto, se ha puesto de manifiesto que la situación del cliente, tras el Reglamento, mejora sólo en parte, pues, aunque podrá acceder a bienes y servicios ofertados en otros Estados miembros, no podrá valerse de sus leyes nacionales, en tanto estas puedan serle más beneficiosas⁴³. No compartimos estas críticas, pues efectivamente, el cliente tendrá la misma cobertura que el cliente nacional del Estado del proveedor, lo que no significa, necesariamente, una protección menor, pues cabe la posibilidad de que la normativa del Estado del comerciante sea incluso más tuitiva. Esta nos parece una solución razonable y ponderada, sobre todo si se considera que se articula sobre una materia ampliamente armonizada.

El posible riesgo de fraude quedaría en gran parte eliminado mediante la aplicación de las reglas jurisprudenciales a las que se ha hecho referencia anteriormente. En efecto, es poco probable que un operador elija el Estado miembro desde el que operar para toda la UE en virtud de sus normas menos rigurosas en materia de protección de consumidores, para servirse después del Reglamento de *geoblocking* y escapar de la aplicación de la normativa del Estado del consumidor, toda vez que deberá probar que, sin realizar labor alguna de promoción, todas sus operaciones se deben a compras pasivas.

⁴³ RUBIO VICENTE, P. J., *op. cit.*, pp. 7/39 y ss, para quien el equilibrio de intereses no debe pasar por la adopción de una solución de este tipo, o al menos en términos tan genéricos y radicales, sino por una mayor armonización de las distintas normativas nacionales aplicables y la disposición de un mecanismo específico para la resolución de los conflictos producidos en el marco del comercio electrónico transfronterizo.

2.2.3 **Ámbito material**

Con todo, como decíamos, el Reglamento es mucho más modesto que lo que su título puede dar a entender. En efecto, éste prohíbe, únicamente, el bloqueo del acceso a páginas web y otras interfaces y la redirección hacia una versión distinta en determinadas circunstancias que considera injustificadas. En una primera y breve aproximación, se prohíbe la discriminación sólo en los supuestos en que el solicitante se encuentra en las mismas condiciones que el consumidor nacional respecto del operador.

Estas circunstancias se dan, por un lado, cuando el vendedor no realiza la entrega transfronteriza en el Estado del comprador porque, por ejemplo, es el comprador quien recoge el bien en el Estado del vendedor, o cuando, por la propia naturaleza del objeto del contrato, no existe entrega física (servicios electrónicos como el depósito de datos o el alojamiento de sitios web, entre otros)⁴⁴.

Asimismo, cuando el comerciante presta determinados servicios que recibe el cliente en los locales del primero o en un lugar elegido por él y diferente del Estado miembro del que el cliente sea nacional, o en el que tenga su lugar de residencia o de establecimiento (servicios hoteleros, de entradas a acontecimientos deportivos o eventos de cualquier tipo, entre otros).

Por otro lado, el artículo 5 del Reglamento prohíbe a los comerciantes discriminar a los clientes en la Unión por cuestiones relativas al pago de la transacción. En consecuencia, no se podrán rechazar determinadas transacciones comerciales o aplicar condiciones diferentes por motivos relacionados con la ubicación de la cuenta, o con el lugar de emisión del instrumento de pago, entre otros, cuando la operación de pago se efectúe a través de una transacción electrónica mediante transferencia, adeudo domiciliado o un instrumento de pago basado en una tarjeta dentro de la misma marca y categoría de pago; ni

⁴⁴ Artículo 4. *Acceso a bienes y servicios.*

1. Los comerciantes no podrán aplicar condiciones generales de acceso diferentes a sus bienes o servicios por motivos relacionados con la nacionalidad o con el lugar de residencia o de establecimiento del cliente, en las situaciones siguientes:

- a) cuando el comerciante venda bienes y estos no sean entregados por el comerciante o en su nombre a través de la frontera en el Estado miembro del cliente;
- b) cuando el comerciante preste servicios por vía electrónica distintos de aquellos cuya característica principal sea el suministro de acceso a obras protegidas por derechos de autor o a otras prestaciones protegidas y la utilización de esas obras y prestaciones;
- c) cuando el comerciante preste servicios distintos de los contemplados en la letra b) y los servicios se presten al cliente en las instalaciones del comerciante o en un lugar físico en el que comerciante opere, en un Estado miembro diferente del Estado miembro del que el cliente sea nacional o en el que el cliente tenga su lugar de residencia o de establecimiento.

cuando el beneficiario pueda solicitar la autenticación reforzada de cliente por el ordenante con arreglo a la Directiva 2015/2366; ni tampoco cuando los pagos se efectúen en una moneda que el beneficiario acepte.

Tal y como se desprende del texto, la característica común que subyace a todos los supuestos cubiertos por la norma es que la operación transfronteriza no genera un coste adicional para el empresario en relación con una operación nacional. Este es el presupuesto fundamental sobre el que se erige el texto, que de otro modo estaría atentando contra la libertad de empresa. Así lo reconoce expresamente la Comisión al afirmar que, «cuando un comerciante no ejerce sus actividades en el Estado miembro del consumidor o no dirige sus actividades a él, o cuando el cliente no es un consumidor, el cumplimiento del presente Reglamento no implica para el comerciante ningún coste adicional asociado a la competencia judicial o a diferencias en el Derecho aplicable»⁴⁵.

En efecto, y como no podía ser de otra manera, el texto deja claro que la prohibición de discriminación no equivale a obligar al comerciante a realizar transacciones comerciales con los clientes en casos distintos de los señalados⁴⁶.

Por ello, se especifica que el comerciante no tiene la obligación de entrega transfronteriza de productos en otro Estado miembro si no ofrece esta posibilidad a sus clientes, no tiene que soportar los gastos de franqueo y transporte, así como los gastos de montaje y desmontaje, por un importe superior al que se haya acordado contractualmente de conformidad con el Derecho europeo y nacional⁴⁷. Asimismo, también podrá ofrecer, por una parte, condiciones de acceso diferentes entre Estados miembros o dentro de un Estado miembro, y que se ofrezcan a clientes de un territorio concreto o a grupos de clientes específicos.

Por otra parte, podrá ofrecer condiciones diferentes en diversos puntos de venta (tiendas físicas y tiendas *on-line*), o realizar ofertas específicas destinadas a un determinado territorio de un Estado miembro, e incluso aplicar una limitación territorial o de otro tipo a la asistencia posventa al cliente⁴⁸.

En relación con su ejecución, y aunque el Reglamento no establece cuáles han de ser las consecuencias de su incumplimiento, sí establece que «*Los Estados miembros deben designar uno o más organismos que sean responsables de tomar medidas efectivas para garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el Reglamento*. Dichos organismos, entre los que podrían figurar

⁴⁵ Par. 13 Exposición de motivos.

⁴⁶ Una sintética aproximación a esta Propuesta legislativa puede verse en JORDÁ CAPITÁN, E. R., «El bloqueo geográfico en las compraventas en línea con consumidores y empresas», *La Ley mercantil*, núm. 30, 2016.

⁴⁷ ARPIO SANTACRUZ, J., *op. cit.*, p. 16/32.

⁴⁸ *Ibid.*

órganos jurisdiccionales y autoridades administrativas, deben disponer de las competencias necesarias para ordenar al comerciante cumplir el presente Reglamento. Asimismo, los Estados miembros deben procurar que puedan adoptarse medidas eficaces, proporcionadas y disuasorias contra los comerciantes en caso de infracción del presente Reglamento»⁴⁹.

Por otro lado, obliga a los Estados a procurar asistencia a los consumidores a través de las autoridades responsables, a fin de facilitar la resolución de los conflictos derivados de la aplicación del Reglamento. El texto de la Propuesta preveía la existencia de un formulario uniforme de reclamación (art. 8), de la que podía desprenderse que la Comisión está pensando más en el control y sanción administrativas que en el judicial. Que esta previsión haya desaparecido del texto final, no obstante, no desvirtúa la veracidad (y conveniencia) de dicha afirmación. En este sentido, nos parece clara la conveniencia de intervención administrativa en la vigilancia y sanción de este tipo de prácticas por resultar esta a todas luces más eficaz.

La relevancia de los intereses de naturaleza pública presentes en la protección del consumidor y del mercado único nos permite proponer un modelo de represión pública similar al que se ha instaurado en algunos países de nuestro entorno. No obstante, este aspecto relativo a la aplicación eficaz de la norma será abordado con mayor detenimiento en un ulterior apartado.

No queda claro, por último, si las reclamaciones habrán de ser presentadas ante el Estado origen del frustrado intento de compra o ante el Estado de destino de la misma. Esto es, si dichas reclamaciones habrán de provenir de consumidores nacionales y fundadas en infracciones de operadores de otros Estados miembros, o de consumidores de otros Estados por infracciones de los operadores nacionales.

En nuestra opinión, no cabe hacer exclusiones que el propio texto legal no prevé, por lo que han de quedar abiertas ambas posibilidades. Únicamente, en este último caso, parece más evidente la necesidad de que el procedimiento de reclamación sea telemático, a fin de facilitar su ejercicio a distancia.

En conclusión, si bien la finalidad de la norma es sin duda loable, su alcance será probablemente modesto por varios motivos. En primer lugar, porque se nos antoja que la mayor parte de los obstáculos que sufre a diario el consumidor europeo para adquirir bienes o servicios en un Estado distinto, son derivados de prácticas concertadas y no de políticas unilaterales. En efecto, si un empresario actúa de acuerdo a criterios de racionalidad económica, no de-

⁴⁹ Párrafo (35) de la Exposición de motivos.

bería rechazar transacciones si no es porque le generan más inconvenientes que ganancias.

En otras palabras, y sin ánimo de exhaustividad, si un empresario que opera *on-line*, limita su oferta a un mercado nacional en lugar de hacerlo a un mercado más amplio, ello se deberá, muy probablemente, bien a la falta de medios técnicos suficientes, bien a la expectativa de aumentar su ganancia en un mercado compartimentado.

Esta última afirmación carece de lógica económica si el empresario es un operador independiente (no pertenece a una red), es uniestatal (presente en un solo Estado), y no forma parte de un cártel de reparto de mercados.

Por el contrario, esta aseveración adquiere todo su significado en los supuestos en que, bien ha llegado a un acuerdo de reparto de mercados nacionales, bien es un operador multiestatal con política de diferenciación de precios, o bien pertenece a una red a la que no interesa la presión a la baja en el precio que puede implicar el uso de internet. Todos estos supuestos pueden tener connotaciones restrictivas de la competencia que serán analizados en el apartado siguiente.

A pesar de todo ello, el Reglamento resulta ser una pieza necesaria más en el puzzle de medidas encaminadas a derribar las fronteras erigidas al *e-commerce* entre Estados y, por ello, debe ser bienvenida⁵⁰.

⁵⁰ En este sentido, se ha afirmado que el Reglamento sobre *geoblocking* «fills a regulatory gap in as far as it prohibits unilateral geo-blocking measures implemented by non-dominant undertakings», aunque esta autora, como gran parte de la doctrina del otro lado del Atlántico, se muestra crítica con la razonabilidad de la medida, *vid.* SCHMIDT-KESSEN, M. J., «EU Digital Single Market Strategy, Digital Content and Geo-Blocking: Costs and Benefits of Partitioning EU's Internal Market», *Colum. J. Eur. L.*, núm. 24, 2018, pp. 569 y 570.

3. EL *GEOBLOCKING* COMO RESTRICCIÓN DE LA COMPETENCIA

La territorialización de internet, o la limitación de su uso en transacciones económicas por razones geográficas, pueden tener efectos muy adversos, no sólo para la realización del mercado único, sino para la efectiva competencia en el mismo. En efecto, los intentos de distorsionar las inherentes aptitudes de internet como neto catalizador de la competencia pueden tener consecuencias especialmente graves para el mercado, y muy directamente para los consumidores.

Desde el punto de vista dogmático, el geobloqueo presenta nuevos retos para el Derecho de la competencia desde distintas esferas. Por un lado, resulta evidente que por sus efectos fragmentadores puede encontrar un ámbito propicio de acomodo en el seno de las relaciones verticales⁵¹, como instrumento para proteger las eventuales exclusivas territoriales. En efecto, cuando los contratos de distribución contienen la obligación de rechazar las transacciones transfronterizas están impidiendo la circulación de bienes y servicios en el mercado interior, y restringiendo, con ello, la competencia entre operadores de distintos Estados.

⁵¹ Según datos arrojados por el Informe final sobre e-commerce COM (229 final), de 10 de mayo, ya citado, el 16% de las empresas participantes en la investigación apuntaban a las restricciones sobre las ventas a clientes de otros Estados impuestas por sus suministradores como un problema, y el 6% como un problema grave. En el caso de los servicios digitales en línea las cifras son si cabe más alarmantes, pues hasta un 87% de los proveedores de contenidos participantes declararon que sus condiciones incluían algún tipo de restricción de acceso a usuarios de otros Estados miembros.

Este Informe muestra, asimismo, que el geobloqueo es una práctica generalizada en el sector de la distribución minorista, y para la totalidad de categorías de productos estudiadas. Estas categorías incluían los productos más vendidos en línea, esto es, ropa y calzado, productos electrónicos de consumo, electrodomésticos, juegos y programas para ordenador, juguetes y artículos de puericultura, productos multimedia (libros, discos CD, DVD y Blu-ray), productos cosméticos y sanitarios, material para deportes y actividades al aire libre y artículos para el hogar y de jardinería (Informe final, p. 4).

Estas cláusulas de *geoblocking*, generalmente, suponen una infracción del artículo 101.1 que difícilmente podrá superar los requisitos del artículo 101.3 TFUE, salvo en circunstancias muy excepcionales⁵². En efecto, la firme oposición de la Comisión y la Justicia europea contra estas prácticas se manifestó de forma muy temprana y ha sido plasmada en multitud de sentencias, algunas de ellas muy recientes y paradigmáticas⁵³.

Por otro lado, la compartimentación del mercado a través del geobloqueo puede derivar, no ya de un pacto establecido en el seno de una red de distribución, sino de un acuerdo de carácter horizontal entre operadores, y potenciales competidores, de distintos Estados, lo que daría lugar a un cartel de reparto de mercados contrario, por objeto, al artículo 101 TFUE.

Por último, y aunque probablemente se dé con menor frecuencia, la compartimentación del mercado puede llevarse a cabo de forma unilateral. En este caso, y fuera de los supuestos previstos por el Reglamento sobre *geoblocking*, dicha práctica empresarial únicamente será reprochable si quien la realiza ostenta una posición dominante en el mercado de referencia, por constituir una clara infracción del artículo 102 TFUE.

3.1 LA FRAGMENTACIÓN DEL MERCADO Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Como decíamos, los Tribunales europeos han mantenido en repetidas ocasiones que los acuerdos o prácticas concertadas dirigidas a la división de los mercados según las fronteras nacionales, o que dificultan la interpenetración en los mercados nacionales, en particular los que restringen o impiden las exportaciones paralelas, tienen por objeto restringir la competencia de acuerdo con el artículo 101 TFUE⁵⁴, y podrían ser sancionados aun cuando dichas prácticas no hayan sido ni siquiera implementadas⁵⁵.

⁵² WHISH, R., BAILEY, D., *Competition Law*, Oxford University Press, 8.ª ed., 2015, p. 671.

⁵³ Desde *Consten Grundig*, C-56/64 y 58/64, o *General Motors BV v. Commission*, C-551/03, hasta los más recientes *Football Association Premier League*, C-403/08, *Pierre Fabre*, C-439/09, o *Coty*, C-230/16.

⁵⁴ A la pionera y ya citada sentencia *Consten & Grundig*, C-56 y 58/64, han seguido muchas otras. Entre otras, *Com. v GlaxoSmithKline*, C-513/06, par. 58 a 61; *Sia*, C-468/06, par. 65; *NV IAZ International Belgium* 96 a 102, 104, 105, 108 y 110/82, par. 23 a 27; *Javico* C-306/96, par. 13 y 14; *General Motors* C-551/03 P, par. 67 a 69, o *Football Ass. Premier League* C-403/08 Y c-429/08, par. 139. *Vid.* cita de HUTCHINSON, C. S., «Challenges to Competition of Geographic Restrictions to Online Sales of Goods and Digital Content», *Pravo. Zhurnal Vysheyshy ekonomiki*, n. 4, 2018, p. 271.

⁵⁵ C-86/82, de 21 de febrero de 1984, *Hasselblad v. Comisión*, par. 46, o C-19/77, de 1 de febrero de 1978, *Miller v. Comisión*, par. 7.

Si una empresa dominante o una red de distribución, bloquea las compras finales desde otros Estados miembros, o las redirige a un sitio web nacional que ofrece condiciones diferentes, está fragmentando el mercado único y obstaculizando el comercio paralelo.

En efecto, el comercio paralelo tiene lugar cuando los bienes dirigidos a un mercado finalizan en otro mercado distinto, ya sea por acción del llamado comerciante paralelo o del consumidor final⁵⁶. La motivación subyacente es la existencia de disparidad de precios en los distintos mercados geográficos, divergencia que es más habitual entre Estados miembros que en el seno de un mismo territorio nacional. Pues bien, gracias a internet los consumidores del país con precios más altos pueden aprovecharse más fácilmente de esa diferencia⁵⁷. Desde esta misma perspectiva, el comercio paralelo resulta ser una respuesta natural del mercado para hacer transitar los productos o servicios de forma transfronteriza, una vez que han sido puestos en circulación en un Estado miembro por el fabricante o el primer distribuidor en Europa.

El comercio paralelo, por tanto, ha sido y sigue siendo considerado un factor beneficioso para la eliminación de barreras en el mercado único y, debido a ese efecto beneficioso para la integración, ha sido tradicionalmente protegido por las instituciones europeas a través del Derecho de la competencia⁵⁸.

⁵⁶ Véase la definición dada por STOTHERS, C., *Parallel trade in Europe, Intellectual Property, Competition and Regulatory Law*, Hart Publishing, 2007, pp. 2 y 3. Esta es la acepción que usaremos en este texto, aunque también puede hacer referencia a la actividad llevada a cabo por ciertos operadores (llamados *free-riders*) al margen de una red de distribución selectiva establecida. Sobre este fenómeno GÓRRIZ LÓPEZ, C., *Distribución selectiva y comercio paralelo*, Civitas, 2007.

⁵⁷ Cabe destacar, como nota tangencial, que la eliminación de las barreras al comercio paralelo es una creciente preocupación también en otros contextos geopolíticos bien distintos como el australiano. Al respecto, DUKE, A., «The Empire will Strike Back: the Overlooked Dimension to the Parallel Import Debate», *Melbourne University Law Review*, num 37, 2014, pp. 585 y ss., donde se pone de manifiesto «*the expense that some Australian consumers will go to in order to access overseas markets demonstrate the extent to which parallel import restrictions raise prices*», proponiendo la eliminación de las barreras al comercio paralelo, así como, lo que quizás resulte más exótico, la implantación de campañas públicas que contrarresten las reticencias del consumidor sobre las características de las mercancías adquiridas en el llamado «mercado gris», y campañas de educación sobre cómo esquivar las medidas de geobloqueo para acceder a productos y servicios legales y más económicos, p. 618.

⁵⁸ Se alzan voces, no obstante, contra la severidad con que se persiguen las prácticas que obstaculizan el comercio paralelo en ciertos sectores. Fundamentalmente, el debate en torno a la actuación de las instituciones en pro del comercio paralelo se ha centrado en el sector farmacéutico, sector que por su evidente afectación de uno de los bienes de interés general más importantes, esto es, la salud pública, presenta especificidades que hacen que el juego de la competencia no sea capaz de desplegar sus efectos con total eficacia por causas externas al mercado. En otras palabras, factores externos al mercado como el intervencionismo estatal, en materia de precios fundamentalmente, hacen que el análisis contrafactual demuestre que la competencia en ausencia de la práctica restrictiva ya era inexistente o débil. Es la tesis que defiende IBÁÑEZ COLOMO, P., en «Article 101 TFUE and market integration», cit., p. 754, para quien «*an analysis of the relevant judgements suggests that an agreement aimed at partitioning national markets is not prima facie prohibited where the analysis of the counter-factual reveals that it is not capable of restricting (...) competition that would have existed in its absence*».

3.2 GEOBLOCKING COMO PRÁCTICA COLUSORIA

Siendo la compartimentación del mercado por empresas dominantes un asunto relevante, son, sin embargo, mucho más numerosas las ocasiones en que se ha pretendido llevar a cabo la compartimentación de los mercados a través de prácticas concertadas, normalmente verticales, impuestas por parte de los productores a sus distribuidores. En este ámbito suele citarse como sentencia paradigmática la dictada en el caso *Consten Grundig* ya en el año 1966⁵⁹, que puso sobre la mesa por primera vez los problemas que la existencia de redes de distribución podían suponer para la integración del mercado.

En esta conocida sentencia que juzgaba la licitud de una serie de medidas dirigidas a proteger la exclusividad territorial otorgada por el fabricante a distintos distribuidores nacionales, el Tribunal afirma que *«la protección territorial absoluta resultante del entramado de prohibiciones a la exportación y a la importación impuestas a cada uno de los distribuidores nacionales exclusivos resulta contraria a los objetivos más fundamentales de la Comunidad. Y que el Tratado, cuyo Preámbulo y texto normativo tratan de suprimir las barreras entre Estados (...) no podía permitir que las empresas reconstruyeran tales barreras»*, considerando dicha práctica una infracción por objeto que elimina la necesidad de analizar sus efectos concretos. Así, se expresa que *«un acuerdo entre productor y distribuidor celebrado para restablecer las divisiones nacio-*

Entre otros, recientes casos resueltos por la CNMC manifiestan una acertada tendencia manifiestamente más tolerante en este sector hacia las prácticas tendentes a dificultar el comercio paralelo, dadas las marcadas connotaciones intervencionistas por parte de los Estados propias de este mercado y sus implicaciones para la salud pública. Paradigmática, en este sentido es la resolución de 19 de enero de 2017, expediente 0546/15, PFIZER/COFARES, sobre dualidad de precios, así como también la de 14 de septiembre de 2009, expediente 17/07.

También en el ámbito europeo, el caso *Syfait v. GSK*, C-53/03, de 31 de mayo de 2005, donde a pesar de que el TJCE no respondió a las cuestiones prejudiciales por no reconocer al organismo consultante el carácter de órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE, «el Abogado General sí entró a valorar las cuestiones relativas a la negativa del fabricante de atender íntegramente los desmesurados pedidos de sus mayoristas griegos, que solicitaban cantidades muy por encima de las necesidades nacionales para beneficiarse del lucrativo comercio paralelo de estas especialidades. Éste llegó a la conclusión de que la negativa descrita no constituía en sí misma una conducta abusiva, aunque su intención fuera restringir el comercio paralelo. Según el abogado general, con arreglo a la jurisprudencia comunitaria, una empresa en posición dominante no está obligada a servir pedidos que tengan carácter anormal (*United Brands*), puede adoptar una política comercial que establezca diferencias entre clientes para la asignación de suministros escasos (*BP/Comisión*) y, en términos más generales, tiene derecho a adoptar las medidas que estime necesarias para defender sus intereses comerciales. Concluye el AG Jacobs que cuando una negativa de suministro tiene como objeto proteger los intereses comerciales legítimos de una empresa dominante no puede considerarse abusiva, incluso aunque tenga como efecto una compartimentación del mercado al restringir el comercio paralelo», así BROKELMANN, H., «La negativa de suministro y figuras afines», disponible en http://espacioinvestiga.org/wp-content/uploads/2015/09/DE006-013_La_negativa_suministro_y_figuras_afines-Brokelmann.pdf

⁵⁹ Casos acumulados C-56/ y C-58/64, de 13 de julio de 1966.

nales en el comercio entre Estados miembros tendría por objeto restringir, impedir o falsear el juego de la competencia, lo que hace innecesario tener en consideración sus efectos concretos».

A esta sentencia han seguido numerosas otras, que han constatado el principio de que cualquier práctica dirigida a mantener los mercados nacionales segmentados, es en general, una práctica prohibida por los Tratados. Casos como WEA-Filipacchi⁶⁰, en que una comercializadora de música (WEA, controlada por Warner Bros), prohibía a sus distribuidores la exportación de los discos adquiridos entre Francia y Alemania, ya que la misma distribuía los productos a través de dos filiales en dichos países a precios notablemente diferentes, muestran la firmeza de la Comisión.

Así, se afirma que «*estos acuerdos están dirigidos a impedir las exportaciones de discos distribuidos en Francia hacia otros Estados, y en particular a Alemania, que en consecuencia tienen por objetos restringir el juego de la competencia que los distribuidores franceses podrían ejercer exportándolos a Alemania*», añadiendo que «*las prohibiciones de exportar constituyen una infracción grave del artículo 85 del TCEE (hoy 101 TFUE), pues impiden la realización de un mercado único*», y reenviando a la sentencia Grundig/Consten.

En Miller International v. Comisión (C-19/77), que de nuevo se enmarca en el mercado de la distribución de música, se enjuiciaban las prohibiciones de exportar discos, cintas magnéticas y casetes, incluidas en un acuerdo de distribución⁶¹. En este contexto, la Sala afirma que «por su propia naturaleza una cláusula de prohibición de exportación constituye una restricción de la competencia, ya sea adoptada a iniciativa del proveedor o de su cliente, pues el objetivo sobre el que recayó el acuerdo era intentar aislar una parte del mercado», prohibición explícita de exportar que de nuevo aparece en Parker Pen (T-77/92), y BASF-Accinauto (T-175/95).

Con el tiempo, los intentos de mantener los mercados compartimentados han tomado cuerpo en un clausulado contractual más sutil, o simplemente a través de notas o circulares informativas, y se materializan en presiones o penalizaciones económicas, como se deduce del caso General Motors v. Comisión (C-551/03)⁶². A pesar de la progresiva mayor sofisticación de estas prác-

⁶⁰ Decisión de la Comisión de 22 de diciembre de 1972.

⁶¹ En concreto, la cláusula en cuestión era completamente explícita: «Se prohíbe exportar los discos que lleven una de nuestras marcas. En caso de infracción nos reservamos el derecho de no atender en lo sucesivo los pedidos del comprador y de demandarle en caso de que en el extranjero se interponga contra nosotros una acción de reclamación de daños y perjuicios como consecuencia de tal exportación».

⁶² Jurisprudencia señalada por GOYDER, J., ALBORS-LLORENS, A., *Goyder's EC Competition Law*, 5.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 118 y ss. *Vid.*, asimismo, la jurisprudencia citada por

ticas, la Comisión calificó, por ejemplo, la infracción en este último caso de muy grave «*dado que Opel Nederland había obstaculizado la realización del objetivo de mercado único*».

Dada la rotundidad de la jurisprudencia anterior, los operadores se vieron paulatinamente obligados a dejar de incluir prohibiciones absolutas a la exportación para comenzar a perseguir dicho objetivo a través de medidas comerciales que pudiesen ser percibidas como prácticas polivalentes, en el marco de consecución de ciertos objetivos empresariales legítimos como podrían ser la protección de la imagen, mejora de los sistemas de comercialización, entre otros.

A pesar de los intentos, el Tribunal, afirmó que «*puede considerarse que un acuerdo tiene carácter restrictivo, aun cuando no tenga como único objetivo restringir la competencia sino que persiga también otros objetivos legítimos*», y que «*deben tenerse en cuenta no sólo los términos de un acuerdo sino también otros factores como los fines que persigue el acuerdo como tal, a la luz del contexto económico y jurídico, con el fin de determinar si el acuerdo tiene por objeto restringir la competencia en el sentido del artículo 81 CE*».

Asimismo, «*un acuerdo en materia de distribución tiene por objeto restringir la competencia en el sentido del artículo 81 CE si manifiesta claramente la voluntad de dar a las ventas de exportación un trato menos favorable que a las ventas nacionales y conduce de esta forma a una compartimentación del mercado de referencia. Como señala el Abogado General (...), dicho objetivo puede alcanzarse, no sólo a través de restricciones directas de las exportaciones, sino también a través de medidas indirectas*».

Esta contundencia ha sido confirmada por sentencias más recientes como Pierre Fabre (C-439/09), que vienen a poner de manifiesto la vigencia del factor de integración del mercado en el ámbito aplicativo del Derecho de la competencia⁶³. En efecto, la integración del mercado único ha sido definida como uno de los mayores activos de la UE, y en cuya protección tanto la Comisión como el TJUE están firmemente comprometidos, también, a la hora de aplicar el Derecho de la competencia.

Este elemento representa, como es sabido, una peculiaridad del sistema europeo de competencia, inexistente en otras realidades. La razón estriba en que las normas de la competencia en Europa nacieron a la par que el mercado

ZEVGOLIS, N. E., PANAGIOTIS, N. F., «Prohibition of parallel imports», cit., pp. 325 y ss. Asimismo, véase el trabajo de IBÁÑEZ COLOMO, P., «Article 101 TFUE and market integration», cit.

⁶³ Una referencia clara a esta finalidad se encuentra en las Directrices relativas a las restricciones verticales de 2010, párrafo 7, donde la Comisión reconoce que «la evaluación de las restricciones verticales también es importante en el contexto del objetivo más amplio de lograr un mercado interior integrado».

supranacional que pretenden regular, al contrario de, por ejemplo, los EEUU, donde se crearon para ordenar un mercado de carácter nacional preexistente y fuertemente integrado.

Por ello, y con el fin de evitar que las prácticas anticompetitivas puedan restituir las barreras que tanto esfuerzo ha costado dismantelar, la Comisión tiene el deber de examinar con especial atención aquellos acuerdos o prácticas que puedan tener el efecto de separar el mercado de un Estado miembro del resto y, en su caso, sancionarlas con especial severidad⁶⁴.

De hecho, este activismo por parte de la Comisión se está viendo intensificado, a la estela de los resultados del Informe sobre comercio electrónico⁶⁵. En efecto, en este contexto y con el foco de atención puesto sobre el comercio electrónico, no es extraño que se estén intensificando las investigaciones al respecto⁶⁶. En este marco se sitúan numerosos casos recientes, como la sanción a Asus y otros grandes fabricantes de productos electrónicos, quienes, mediante la imposición de precios mínimos conseguían una homogeneización de precios *a monte*, que hace innecesaria la prohibición de exportaciones *a valle*⁶⁷.

Ya específicamente en materia de *geoblocking*, destacan los procedimientos sancionatorios contra la multinacional Guess por infracción del artículo 101 TFUE⁶⁸, y las investigaciones contra Valme y otros fabricantes de videojuegos para ordenador, y contra Thomas Cook y otras empresas hoteleras⁶⁹.

⁶⁴ WHISH, R., BAILEY, D., *Competition Law*, cit., p. 54. *Vid.*, asimismo, IBÁÑEZ COLOMO, P., «Article 101 TFUE and market integration», cit.

⁶⁵ Aunque la proliferación de investigaciones demuestran un renovado activismo por parte de la Comisión, sonoros casos anteriores a la investigación sobre *e-commerce* demuestran que ésta nunca ha cejado en su empeño por reprimir estas conductas.

Puede citarse, este respecto, la sanción a Nintendo por mantener artificialmente grandes diferencias de precio en el seno de la UE. Según los acuerdos entre Nintendo y sus distribuidores, cada distribuidor tenía la obligación de impedir el comercio paralelo (esto es, fuera de los canales oficiales de distribución) a partir de su territorio, debiendo, a su vez, colaborar para descubrir a cualquier transgresor, que venía penalizado con la reducción de suministros o con un boicot (Decisión de la Comisión 2003/675, de 30 de octubre de 2002).

⁶⁶ *Vid.* las recientes decisiones de la Comisión europea de 24 de julio de 2018, sobre la fijación de precios y la cada vez más fácil monitorización de los mismos a través de internet: Caso AT.40181 Philips, Caso 40469, Marantz, y caso AT.40182 Pioneer. En España, la resolución de la CNMC de 10 de mayo de 2018, Expte. S/DC/0541/14, IAG, que resuelve archivar el procedimiento sancionador sobre diversas prácticas de comercialización *online* de billetes electrónicos.

⁶⁷ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4601_en.htm. En este mismo sentido, la Decisión de la Comisión de 24 de julio de 2018, caso AT.40182 Pioneer, que enjuicia una política de fijación de precios entre los distintos Estados que tenía por objetivo, además de elevar la ganancia global, desincentivar el comercio paralelo.

⁶⁸ Decisión AT.40428, de 17 de diciembre de 2018.

⁶⁹ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-201_en.htm

En el primer caso, se acusaba a varias sociedades pertenecientes al grupo Guess de implementar diferentes prácticas dirigidas a compartimentar el mercado europeo y consistentes, en particular, en prohibir el uso de las marcas propiedad de Guess en la publicidad *online*, supeditar las ventas *online* a la preceptiva autorización previa y completamente discrecional por parte de Guess, prohibir las ventas transfronterizas a consumidores finales y las ventas cruzadas entre distribuidores autorizados, así como imposibilitar la fijación de precios de forma independiente.

El grupo norteamericano Guess comercializa sus productos en Europa a través establecimientos físicos, bien integrados bien a través de terceras personas previamente seleccionadas, así como también *online*. Es en relación con esta última modalidad donde el recurso a terceras personas se hace menos necesario y, por ello, se intenta colmar el mercado desde sus propios puntos de venta telemáticos o sitios web⁷⁰. Para ello resulta necesario limitar la expansión en este canal a sus distribuidores, mediante, por ejemplo, la prohibición del uso de la marca, o supeditando las ventas *online* a una preceptiva autorización.

En combinación con otras cláusulas contractuales, la política empresarial pretendía prohibir a los distribuidores las ventas, tanto activas como pasivas, a consumidores finales situados fuera de su territorio, lo que, dada la configuración de la red, equivalía a una compartimentación sustentada, casi siempre, en las fronteras nacionales⁷¹.

Esta compartimentación, típica de las restricciones verticales articuladas sobre el *geoblocking* es considerada por la Comisión una restricción de la competencia por objeto contraria al artículo 101 TFUE. En cualquier caso, cabría dilucidar si, y en qué supuestos, esta restricción podría encontrar acomodo en la exención del párrafo tercero del mismo precepto, de lo que trataremos en las líneas siguientes.

⁷⁰ La motivación es evidente, tal y como confirman las afirmaciones sobre la estrategia empresarial de la compañía, al reconocer que debían trabajar con terceros distribuidores, tratando, a la vez, de evitar la *cannibalisation* de la página web oficial. Es decir, tratando de evitar la presión concurrencial que supone la venta *online* por parte de los terceros mayoristas (*wholesalers*) y los inconvenientes que de ello se derivan para la propia red, Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 2018, asunto AT.40428 — Guess, par. 36.

Aunque suficientemente ilustrativo, el término anglosajón *cannibalisation*, incorporado por parte de la ciencia de la empresa directamente por «canibalización» en lugar de por la palabra correcta canibalismo, hace referencia a los riesgos de que un producto, servicio o negocio mejore su posicionamiento en el mercado a costa de reducir las ventas de otro producto, servicio o negocio perteneciente a la misma empresa o grupo empresarial, esto es, sin producir una mejora neta en los resultados globales.

⁷¹ Un escrito interno confirma que la empresa pretendía «to ensure that (...) their websites are not shipping Guess products outside of their authorized country/territory». Decisión, cit., par. 83.

3.2.1 El Reglamento de exención 330/2010 y las Directrices de aplicación

Como es sabido, el Reglamento UE 330/2010 sobre exención de acuerdos verticales, establece las condiciones para que una restricción de la competencia de naturaleza vertical quede exonerada de la aplicación del artículo 101.1 TFUE.

Desarrollando el escueto párrafo 3 del artículo 101 TFUE, viene a delimitar un «*safe harbour*» desde el que las empresas pueden actuar sin temor a que su conducta sea considerada ilegal, ya sea por no superar unas cuotas de mercado mínimas, ya por no contener restricciones que no se vean compensadas por los efectos beneficiosos que se presumen al acuerdo.

Por el contrario, la inclusión de alguna de las restricciones especialmente graves (o *hardcore restrictions*), enumeradas por el artículo 4 Reg. 330/2010, implica que el acuerdo recae en el ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE que, sin embargo, podría todavía ser validado si concurren en él los requisitos de su párrafo tercero⁷².

Sin distanciarse demasiado de su antecesor, el Reglamento 2790/99, el texto vigente sigue firmemente asido a la defensa de la particularidad del Derecho de la competencia europeo que, como ya se ha expuesto, además de perseguir el bienestar del consumidor a través de la protección de la competencia como tal, persigue la integración de los mercados nacionales.

Ello explica las especiales reticencias ante la protección territorial absoluta que inspiran la redacción, tanto del Reglamento como de las Directrices que lo desarrollan, y que han de entenderse desde esta premisa. Desde otra perspectiva, tanto el Reglamento de 2010 como sus Directrices, comienzan a realizar un esfuerzo, si quiera embrionario, por abordar los retos que el mercado digital empezaba a plantear, al pronunciarse sobre ciertas restricciones propias de este entorno⁷³.

En relación con el elenco de restricciones especialmente graves, el artículo 4.b del Reglamento incluye las restricciones territoriales o de la clientela a la que el distribuidor puede vender sus productos o servicios, aunque a renglón seguido se introducen matices de relieve.

Las directrices relativas a las restricciones verticales califican estas restricciones de especialmente graves por compartimentar el mercado por territorios o por clientes, ya deriven de obligaciones directas o indirectas. Entre las

⁷² Tal y como le recuerda al Tribunal remitente de la cuestión prejudicial el TJUE en la sentencia del caso *Pierre Fabre*, entre otros.

⁷³ Una breve pero clara explicación de los antecedentes y caracteres generales del Reglamento, BROKELMANN, H., RINCÓN, A., «El nuevo Reglamento 330/2010 de exención de acuerdos verticales», *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, núm. 59, 2010.

directas, cita expresamente la obligación de no vender a determinados clientes o en determinados territorios, o la obligación de transferir los pedidos de estos clientes a otros distribuidores, precisamente, resultados que las técnicas de *geoblocking* pretenden asegurar.

En cualquier caso, existen dos ámbitos en que cabe hacer excepciones a esta prohibición: la distribución exclusiva y la distribución selectiva. Así, es posible restringir las ventas activas en el territorio o al grupo de clientes asignados de forma exclusiva a otro distribuidor, aunque no es posible restringir las ventas pasivas. Por otro lado, y en el marco de la distribución selectiva, no se pueden restringir ni las ventas activas ni las pasivas a los usuarios finales, aunque sí se puede prohibir al distribuidor operar desde un punto distinto al establecimiento autorizado.

En conclusión, aunque los acuerdos y las prácticas dirigidos a compartimentar el mercado único son contrarios al Derecho de la competencia, la prohibición no es absoluta. En efecto, de la jurisprudencia del TJUE se desprende que, aunque han sido escasas, en ocasiones determinadas prácticas con estas connotaciones han quedado fuera del ámbito del artículo 101.1 TFUE⁷⁴.

Como las propias Directrices exponen, la necesidad de realizar grandes inversiones para penetrar en mercados nuevos puede justificar una restricción temporal de las ventas, tanto activas como pasivas, por parte de otros operadores en dicho territorio. El riesgo de parasitismo en el seno de los sistemas de distribución selectiva también puede permitir restringir los suministros cruzados entre minoristas y mayoristas cuando éstos han de realizar inversiones en acciones publicitarias en apoyo a la acción de los minoristas. Y, por último, la concurrencia de motivos de seguridad o salud públicas puede, asimismo, justificar una restricción de las ventas a determinados clientes en cumplimiento de una norma disposición legal.

La falta de certezas, sin embargo, es una premisa sobre la que se basa cualquier intento de sistematización. No en vano, a pesar de los intentos de la doctrina por identificar las razones por las que una práctica restrictiva del comercio transfronterizo puede resultar inocua o, al menos, aceptable para el Derecho de la competencia han sido, hasta el momento, poco fructíferos⁷⁵.

En cualquier caso, lo que parece claro es el escaso margen para justificar estas prácticas, tratadas con especial beligerancia por parte de las Institucio-

⁷⁴ Suele citarse el caso C-306/96, *Javico v. Yves Saint Laurent*, en que la prohibición de exportación impuesta a los distribuidores era extracomunitaria, es decir, no operaba en el seno de la UE y, por tanto, no suscitaba riesgos especialmente graves para la integración del mercado europeo. WHISH, R., *Competition Law*, 8.ª ed., Oxford University Press, 2015.

⁷⁵ Así lo expresa IBÁÑEZ COLOMO, P., «Article 101 TFUE and market integration», cit. pp. 752 y ss.

nes, especialmente cuando se realizan en el mercado digital, por ser considerado una especie de «catalizador» o «coadyuvante», en terminología farmacológica, del mercado único en general. Por ello, en nuestra opinión, resulta casi imposible pensar en una justificación general en virtud del artículo 101.3 TFUE cuando no se cumplen los criterios del Reglamento de exención.

Ello viene confirmado por la praxis reciente de algunas autoridades nacionales como la francesa, en relación con la prohibición de venta a distancia y, en consecuencia, por internet, de los productos de la sociedad Bang&Olufsen. En este supuesto relativo a una red de distribución selectiva de material *hi-fi* y *home cinema*, se alegaba una ruptura de la simetría financiera entre distribuidores⁷⁶. La autoridad francesa no admite, sin embargo, esta tesis al entender que no se cumplía el requisito de indispensabilidad de la medida. En efecto, tal y como se expone en la resolución, no se hacían distinciones entre los productos más complejos de la marca, que implicaban elevados costes de almacenamiento y aseguramiento, y productos menos elaborados y menos caros, cuya venta por internet no desestabilizaría el entramado financiero de la red. En el mismo sentido, el caso B&W Loudspeakers, en el que, tras la apertura de una investigación por restricciones en las ventas *online*, el fabricante procedió a la eliminación de tales cláusulas contractuales sin llegarse, finalmente, a imponer sanciones⁷⁷.

3.2.2 Las restricciones a las ventas pasivas en la era digital

Hemos observado cómo, en sede de fraccionamiento territorial en el seno de acuerdos verticales, hay una mayor tolerancia de la restricción de las ventas activas que de las ventas pasivas. Esta última es una restricción de las consideradas

⁷⁶ Decisión de la *Autorité de la concurrence*, de 12 de diciembre de 2012, disponible en <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/12d23.pdf>, y la posterior Sentencia de la *Cour de Cassation* de 13 de marzo de 2014, disponible en http://ec.europa.eu/competition/national_courts/cases/139890/139890_2_3.pdf, en la que el Tribunal francés reitera que «*il est fort improbable que les restrictions interdites dans les règlements d'exemption par catégorie ou qualifiées de restrictions caractérisées dans les lignes directives et communications de la Commission soient jugées indispensables*».

⁷⁷ Nota de prensa IP/00/1418, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-00-1418_en.htm?locale=en y Nota de prensa IP/02/916 disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-02-916_en.htm. Este comunicado reza: «*Retailers can now request B&W Loudspeakers to do distant selling. B&W Loudspeakers can only refuse such requests in writing and on criteria that concern the need to maintain the brand image and reputation of the products. The criteria must be applied indiscriminately and must be comparable to those for sales from a traditional retail outlet.*

The modifications satisfy the Commission which sent a so-called comfort letter which states that B&W from now on benefits from the safe harbour provided by the 1999 Block Exemption Regulation on distribution and other vertical agreements.»

especialmente graves, y motivo de especial preocupación para la Comisión en los últimos años, fundamentalmente a la estela del auge del comercio electrónico.

Las ventas pasivas vienen definidas por las Directrices como «la respuesta a pedidos no solicitados activamente procedentes de clientes individuales». El tenor de las directrices, decididamente mejorable, considera también ventas pasivas «las actividades de publicidad o promoción que alcancen a clientes asignados a otro distribuidor», siempre que no estén exclusivamente dirigidas a ellos. Por venta activa se entiende, por el contrario, la aproximación activa a clientes mediante correo postal o electrónico, o publicidad directamente destinada a los mismos.

En este orden de cosas, las Directrices hacen mención, por primera vez, de algunas de las peculiaridades del comercio electrónico, y que han de ser tenidas en cuenta a la hora de analizar la compatibilidad de un acuerdo vertical con las normas de competencia en relación con las ventas pasivas.

Era necesario, por otra parte, hacerlo, pues el comercio electrónico permite al consumidor no tener que desplazarse para adquirir bienes de un distribuidor distinto al que le viene «naturalmente asignado» por zona de residencia. En efecto, le basta un *click* para perfeccionar una compra al distribuidor que, independientemente de donde se encuentre, le ofrezca mejores condiciones. No resulta ni siquiera necesario, al respecto, que el distribuidor realice ningún acto de publicidad, ya sea *online* u *offline*, para que el consumidor lo encuentre en la red a través, por ejemplo, de buscadores.

Ante ello, las directrices establecen varias aclaraciones, entre las que destacan que tener una página web se considera una forma de venta pasiva, aunque tenga varias versiones lingüísticas, de la misma forma que se consideran pasivas las ventas realizadas a través, o gracias a la misma. Asimismo, también responde a un comportamiento pasivo del distribuidor la suscripción del cliente a notificaciones automáticas por parte de aquél.

En consecuencia, las Directrices consideran restricciones especialmente graves de las ventas pasivas, entre otras, impedir a los clientes situados en otro territorio visitar la página web del distribuidor o redirigirlos automáticamente a otro sitio web (del fabricante u otro distribuidor), o rescindir la operación de venta electrónica por motivos de residencia del comprador, conocidos por la tarjeta de crédito, o exigir un precio más alto por aquellos productos destinados a la venta *online* (independientemente del destino de los productos). Las tres primeras conductas son claramente realizables a través de técnicas de *geoblocking*.

Sin embargo, a pesar de este esfuerzo clarificador de la Comisión, en el entorno digital las diferencias entre las ventas activas y las pasivas pueden ser

imprecisas. Piénsese en el papel que realizan los motores de búsqueda, en su enorme capacidad para determinar las elecciones de los consumidores y, por tanto, la importancia de aparecer en los primeros lugares de los listados ofrecidos.

Los resultados no siempre dependen de causas ajenas a los propios operadores, sino que éstos disponen de herramientas para aumentar su «visibilidad». En este sentido, sería conveniente analizar el grado y las consecuencias de este esfuerzo del vendedor sobre su propio posicionamiento para calificar su comportamiento comercial (o promoción de ventas) como activo o pasivo y, por consiguiente, la calificación de los efectos de las cláusulas que, eventualmente, prohíban a los distribuidores realizar estos actos.

Por otro lado, y entroncando con la fragmentación del mercado único, es evidente que los buscadores ofrecen diferentes alternativas según la localización de la IP, por lo que, ante una misma consulta, los resultados obtenidos en google.es difieren de los obtenidos en google.it, por poner un ejemplo. Ello puede suponer un obstáculo al mercado único si entendemos que dificulta el acceso del consumidor español a las ofertas de los operadores italianos en igualdad de condiciones que un consumidor nacional. No nos consta que los efectos del comportamiento de los buscadores hayan sido estudiados desde este prisma hasta la fecha, aunque, a nuestro juicio, este problema debería ser abordado en mayor profundidad.

Por el contrario, sí han sido estudiadas con mayor detenimiento las prohibiciones absolutas de ventas *online*, por un lado, y la prohibición de ventas a través de plataformas o *marketplaces*, por otro. Como ya hemos adelantado en un apartado anterior, los paradigmáticos casos Pierre Fabre y Coty⁷⁸ representan, respectivamente, las referencias de la doctrina del TJUE sobre estas materias. En lo que aquí interesa, conviene leer estos casos a la luz de las justificaciones de las restricciones de las ventas pasivas *online* que pueden encontrar amparo en el párrafo 3 del artículo 101 TFUE. En este sentido, existe poca claridad sobre si la protección del valor de la marca, o de la imagen de lujo de un producto, pueden sustentar la legitimidad de ciertas de estas restricciones. En este sentido, alegar que el propio canal *online*, con independencia de la configuración del específico portal de venta, puede suponer, en sí mismo, una lesión para la imagen de los productos vendidos es algo que, a la vista del desarrollo de internet no tendría cabida. Por ello, se puede avanzar en línea de principio que una prohibición total de la venta *online*, como en el caso Pierre Fabre, difícilmente podrá ser considerada proporcional, a la luz de la evolución, en términos cualitativos, del mercado digital, y de la posibilidad del fa-

⁷⁸ C-439/09 y C-230/16, respectivamente.

bricante de imponer y controlar los parámetros de calidad del concreto portal de venta *online*⁷⁹. En sentido contrario, la protección de la imagen de lujo puede justificar la prohibición de las ventas a través de «ciertos» portales, como las plataformas o *marketplaces*, como se sugiere en el caso Coty.

Sobre qué productos o marcas pueden ser considerados merecedores de dicha protección, y qué canales podrían ser, eventualmente, restringidos son cuestiones fácticas que dependerán del caso concreto. En este sentido, han surgido voces que alertan del riesgo de divergencia que puede existir en el tratamiento de las mismas cuestiones por las distintas Autoridades nacionales de la competencia europeas⁸⁰, aspecto éste de gran interés que abordaremos en un apartado ulterior.

3.3 EL GEOBLOCKING COMO ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

Aunque no existe hasta el momento ningún caso resuelto sobre prácticas de *geoblocking* por parte de empresas en posición de dominio, no puede excluirse que estas prácticas puedan constituir una forma de abuso. Ya sea por imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas, por aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que ocasionen a éstos una desventaja competitiva, o bien por tener por objeto una compartimentación del mercado, las prácticas de *geoblocking* pueden constituir una infracción del artículo 102 TFUE.

Sobre la compartimentación del mercado consecuencia del *geoblocking*, y ante la ausencia de precedentes por el momento, procede recordar por su analogía el caso United Brands, que enjuiciaba la prohibición de reventa a distribui-

⁷⁹ Un ejemplo similar al caso Pierre Fabre, con resultado igualmente infeliz para la prohibición absoluta de las ventas *online*, puede verse en la decisión de la *Competition and Markets Authority* (CMA) británica de 24 de agosto de 2017, Case 50230, disponible en <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a3b7d11e5274a73593a0ce5/sports-equipment-non-confidential-infringement-decision.pdf>, y que ha sido refrendada por el *Competition Appeal Tribunal*.

⁸⁰ Adelantamos, en este sentido, las diferencias entre la consideración como productos de lujo de las zapatillas deportivas de ciertas marcas renombradas. La Autoridad alemana de competencia ha rechazado que este tipo de calzado pueda ser considerado «genuinamente prestigioso» y justificar, con ello, una prohibición de venta en *marketplaces* (Decisión B2-98/11, de 25 de agosto de 2015, que afectaba a las marcas Asics y Adidas por la venta de sus productos en Ebay).

Por el contrario, el Tribunal de Ámsterdam estimó en la sentencia *Rechtbank Amsterdam* 04-10-2017 / C/13/615474 / HA ZA 16-959, que las zapatillas Nike eran suficientemente prestigiosas como para justificar una prohibición de venta a través de plataformas de terceros.

dores de la competencia y a operadores extranjeros⁸¹. El entramado de condiciones y cláusulas contractuales arbitrado por el productor, en palabras del Tribunal, hacía prácticamente imposible todo comercio de plátanos verdes, tanto en el interior de un solo Estado como entre Estados miembros, por lo que estas disposiciones tenían un efecto similar al de una prohibición de exportar⁸².

Esta prohibición, junto con un suministro limitado, impedía a sus distribuidores emprender cualquier acción competitiva contra la disparidad de precios que existía entre unos Estados y otros, y les obligaba a limitarse a su mercado nacional. Ello permitía a la empresa fabricante controlar totalmente la comercialización de su producto y limitar el juego de la competencia.

En este caso, fueron alegados por el infractor motivos basados en la necesidad de garantizar la calidad de los plátanos por parte de los maduradores seleccionados de acuerdo a procedimientos de calidad previamente controlados, y a este respecto, es importante destacar que el Tribunal entendió que ello «sólo está justificado si no crea obstáculos cuyo resultado sobrepase el objetivo que se pretende alcanzar. Y que, pese a que los requisitos de selección se fijaron de una manera objetiva y no discriminatoria, la prohibición de reventa (...) constituía innegablemente una explotación abusiva de una posición dominante, que limitaba los mercados en perjuicio de los consumidores y afectaba al comercio entre los Estados miembros, en particular al compartimentar los mercados nacionales».

Este caso resulta de relieve para destacar las implicaciones del que para el Derecho de la competencia tiene la discriminación geográfica del precio. En este supuesto, en efecto, concurren aspectos conflictivos que dificultan la tarea de determinar cómo combinar la libertad de las empresas para definir su política de precios en función del Estado de destino de la transacción, y la prohibición para una empresa dominante de aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales por prestaciones equivalentes, ocasionándoles con ello una desventaja en términos de competencia.

Para el Tribunal, estos precios discriminatorios en virtud del Estado de destino, junto con la prohibición de vender plátanos a operadores extranjeros, y las limitaciones en el suministro, habrían creado una compartimentación rí-

⁸¹ C-27/76, *United Brands v. Comisión*, sentencia del TJUE de 14 de febrero de 1978. Esta política comercial del productor de plátanos dominante consistía en imponer a sus distribuidores la prohibición de venderlos a los distribuidores extranjeros antes de alcanzar la maduración. Hay que tener en cuenta, para determinar el alcance de la prohibición, que la vida del plátano ya maduro es muy corta.

⁸² Esta interpretación quedaría avalada por comunicaciones comerciales en las que UCB «insistía especialmente en solicitar a sus clientes que procuraran que los plátanos en su poder no fueran revendidos a negociantes extranjeros, que había solicitado lo mismo a sus clientes extranjeros (...) y que no dudaría en adoptar las medidas necesarias si se incumplía de algún modo lo indicado anteriormente».

gida de los mercados nacionales a unos niveles de precios artificialmente diferentes, que resultaba en un falseamiento de la competencia con respecto a la situación que habría debido existir. Esa compartimentación de los mercados permitiría, a su vez, practicar unos precios no equitativos puesto que su política comercial estaría protegida de una auténtica competencia⁸³.

Ello entroncaría con el segundo elemento de conexión del *geoblocking* con el artículo 102 TFUE, esto es, la posibilidad de aplicar condiciones diferentes a prestaciones equivalentes basadas únicamente en el Estado de destino del bien o servicio⁸⁴, prohibiendo al consumidor beneficiarse del precio más bajo a través del bloqueo. Es una cuestión a la que todavía no se ha dado respuesta desde las instituciones, pero que a la vista del rápido desarrollo del mercado digital podría plantearse más pronto que tarde.

En efecto, parece que estas prácticas podrían encontrar fácil encaje en alguno de supuestos de tipificación del artículo 102 TFUE que, como es sabido, prohíbe a una empresa con posición de dominio, tanto imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas, como aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros.

Si la discriminación entre consumidores puede ser considerada abusiva por parte de una empresa dominante es una cuestión no pacífica en la doctrina y poco abordada por la casuística⁸⁵. Uno de los pocos casos en que se hace alguna referencia a la materia es, precisamente, un supuesto relativo a un equivalente analógico de las prácticas de *geoblocking*, esto es, la restricción de ventas de entradas para la Copa del Mundo de 1998. Al respecto, el TJUE expresaba que «el artículo 82 protege los intereses de los consumidores, protección que debe lograrse prohibiendo la conducta de las empresas dominantes que ponga en peligro la competencia libre y su falseamiento, o que sea directamente perjudicial para los consumidores. (...) el artículo 82 (hoy 102 TFUE) puede aplicarse, cuando sea pertinente, a las situaciones en las que la conducta

⁸³ Este último extremo, relativo al abuso por aplicación de precios no equitativos no fue estimado por el Tribunal, debido, sin duda, a la complejidad del cálculo comparativo para determinar qué resulta ser un precio excesivo.

⁸⁴ Un precedente, ya lejano, puede encontrarse en la Decisión de la Comisión de 20 de julio de 1999, Asunto IV/36.888 – Copa del Mundo de Fútbol 1998, citada anteriormente, de imponer una multa a los organizadores del Mundial de fútbol de 1998 por conductas discriminatorias. Los hechos consistieron, en breve, en vender entradas para los partidos en mejores condiciones y de forma preferente a aquellos adquirentes con domicilio en Francia.

⁸⁵ Véase, al respecto AKMAN, P., «To abuse or not to abuse: discrimination between consumers», *European Law Review*, agosto 2007, p. 492. Concepto desarrollado en *The Concept of Abuse in EU Competition Law. Law and Economic Approaches*, Hart Publishing, 2012.

de una empresa en posición dominante perjudica directamente los intereses de los consumidores, aunque no produzca efecto alguno sobre la estructura de la competencia»⁸⁶.

Sí han sido, por el contrario, más estudiados los supuestos de discriminación entre empresas, fundamentalmente la discriminación en precios y el problema de los llamados abusos explotativos. Al respecto, la doctrina ha señalado que esta práctica constituye una preocupación para el Derecho europeo de la competencia por tres motivos.

En primer lugar, porque ello reduce la riqueza del consumidor al extraer el *surplus*. En segundo lugar, por sus efectos sobre el mercado único, fundamentalmente cuando se trata de discriminación geográfica, y finalmente porque la discriminación puede tener efectos excluyentes⁸⁷.

En cualquier caso, en el tratamiento de la discriminación en precios subyace la tesis de que un tratamiento desigual será discriminatorio salvo que esté justificado por razones objetivas, soportando la empresa dominante la carga de la prueba⁸⁸. La cuestión fundamental residirá, por tanto, en determinar las razones que pueden fundamentar la disparidad. Éstas han de estar basadas, fundamentalmente, en las diferencias de costes⁸⁹, premisas, éstas, que entendemos plenamente válidas para la discriminación entre consumidores.

En este sentido puede entenderse la multa recientemente impuesta a la mayor cervecera del mundo, AB inBev. A pesar de no poder contar con la completa fundamentación, ni fáctica ni jurídica, pues la decisión no ha sido todavía publicada, la empresa habría abusado de su posición de dominio en el mercado belga para impedir la importación (o el comercio paralelo) de su cerveza Jupiler desde Holanda. Debido a que la presión concurrencial es más fuerte en este último país, el precio de la cerveza Jupiler en Holanda es notablemente más bajo que en Bélgica, donde la posición de dominio que ostentaba el fabricante le permitía una gran autonomía en la fijación del mismo.

⁸⁶ Decisión de la Comisión de 20 de julio de 1999, 2000/12. Otro caso en que la Comisión se reafirma esta idea, Decisión 2001/892, Deutsche Post AG, relativa al correo transfronterizo.

⁸⁷ PAPANDEPOULOS, P., «How should price discrimination be dealt with by competition authorities?», *Concurrences*, núm. 3, 2007.

⁸⁸ Véase el Caso C-333/94 P, Tetra Pak II, entre otros, citados por AKMAN, P., «To abuse or not to abuse», cit., p. 495. En los autos se analizaban, entre otras cláusulas contractuales, una política de precios discriminatoria entre clientes de distintos Estados. Al respecto, la Comisión establece en su Decisión de 24 de julio de 1991, confirmada posteriormente, que «Tetra Pak ha logrado mantener una verdadera compartimentación de los mercados nacionales dentro de la Comunidad, lo que le permite impedir cualquier intercambio de sus productos de un Estado miembro a otro y practicar una política de precios discriminatorios, o incluso eliminatorios (...)».

⁸⁹ Excluyéndose elementos meramente volitivos del consumidor, tales como una mayor o menor disposición a pagar un precio mayor. AKMAN, P., «To abuse or not to abuse», cit. p. 498.

Para impedir que los distribuidores belgas pudiesen adquirir dicha cerveza en otros Estados, el fabricante delineó una estrategia basada en diversas políticas comerciales que incluían, por una parte, la modificación del envasado, suprimiendo la versión francesa obligatoria en Bélgica, la alteración de la forma y tamaño de las latas, la limitación de suministro a los distribuidores holandeses, o la negativa a suministrar sus productos más demandados si el distribuidor belga no accedía a limitar sus importaciones desde Holanda, entre otras⁹⁰.

Esta decisión confirma el especial estado de beligerancia de las instituciones europeas contra la compartimentación del mercado con el ánimo de sustraer los mercados nacionales a presiones competitivas transfronterizas. Por tanto, no será difícil incardinar este tipo de prácticas como abusivas cuando sean llevadas a cabo por empresas dominantes sin que exista una justificación objetiva, fundamentalmente de costes, por ejemplo, de marketing y publicidad para penetrar en nuevos mercados, o de transporte.

Por ello, y en línea de principio, cuando una empresa con posición de dominio, ya sea utilizando técnicas de *geoblocking* en el mercado *online*, o estrategias comerciales de efecto equivalente en el mercado *offline*, pretenda impedir a los adquirentes beneficiarse de las mejores condiciones ofrecidas en un Estado distinto estará, sin duda, infringiendo el artículo 102 TFUE⁹¹.

⁹⁰ Vid. http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40134

⁹¹ Vid. WHISH, R., *op. cit.*, pp. 807 y ss., sobre las prácticas de precios que perjudican al mercado único. No dejan lugar a dudas las recientes palabras de la Comisaria Verstaeger: «Attempts by dominant companies to carve up the Single Market to maintain high prices are illegal», http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-2488_en.htm

4. EL *GEOBLOCKING* COMO ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL

Además de su incardinación como conducta que puede menoscabar el juego de la libre competencia y ser contraria, por tanto, al Derecho antitrust, resulta natural la consideración de las prácticas de *geoblocking* como actos susceptibles de falsear los resultados de una libre y vigorosa competencia. Esto es, de constituir una práctica desleal con afectación de los intereses económicos de los consumidores.

Al contrario que el Derecho antitrust, que cuenta con un *corpus* normativo comunitario que ha sido extrapolado, de forma prácticamente homogénea en la totalidad de los Estados miembros, el Derecho de la competencia desleal, todavía hoy, adolece de una fragmentación y un peso específico muy inferior en el conjunto de intereses de las instituciones europeas.

La naturaleza poliédrica de los intereses tutelados por esta rama jurídica, que ha de proteger no sólo el interés privado de los competidores, sino también tutelar el interés de los consumidores y el propio interés público –sustanciado en el mantenimiento de un orden concurrencial no falseado⁹²–, ha hecho muy difícil un tratamiento sistemático y uniforme, tanto en la normativa europea como en nuestro propio país⁹³.

⁹² PORFIRIO CARPIO, L. J., *La discriminación de consumidores como acto de competencia desleal*, Marcial Pons, 2002, p. 20.

⁹³ Téngase en cuenta que, a diferencia de la disciplina sobre defensa de la competencia, presente en los tratados constitutivos por considerarse vital para la construcción de un mercado europeo, la disciplina sobre la lealtad en el ejercicio de la actividad económica, o los usos honestos del comercio, ni siquiera ha conseguido acuñar una terminología uniforme en todos los Estados miembros. En efecto, y a la estela de una armonización sectorial, parcial e incidental llevada a cabo desde la UE, esta materia ha sido regulada desde distintas parcelas jurídicas, tales como la competencia desleal, la protección del consumidor, la ordenación del comercio minorista, o la publicidad. Véase el excelente trabajo sobre el proceso evolutivo del concepto de lealtad y su regulación de MICKLITZ, H. W., en MICKLITZ, H. W., REICH, N., ROTT, P., *Un-*

Para entender el diferente enfoque europeo entre la regulación del Derecho antitrust y de la competencia desleal, ha de tenerse presente que ambas políticas se proyectan desde distintos departamentos de la Comisión Europea. Por un lado, la poderosa Dirección General de Competencia (DG Com), encargada de la defensa de la competencia y, por otro, la Dirección de justicia y consumidores (DG Just), encargada de las prácticas desleales contra los consumidores, entre otros asuntos, y que es la que, fundamentalmente, ha llevado la iniciativa en la lucha contra el *geoblocking*.

Estos órganos, aunque pertenecientes a la misma institución, actúan separadamente y, en ocasiones, sin la necesaria coordinación. Por otra parte, esta separación temática muchas veces no se corresponde con las tradiciones dogmáticas de muchos Estados, como el nuestro, donde la doctrina mercantilista, por ejemplo, tiende a abordar el Derecho de la competencia de forma integrada en lo que se denomina Derecho del mercado, y que no estaba acostumbrada a diferenciar los actos de competencia desleal dependiendo del colectivo afectado, consumidores o competidores⁹⁴.

Efectivamente, la Ley 3/1991, de competencia desleal, contenía una regulación general de las conductas desleales, independientemente de quien resultase el destinatario de las mismas. Esta uniformidad desapareció con la transposición de la Directiva 2005/29, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores que, por motivos de competencia legislativa, renuncia a regular de forma sistemática las prácticas que lesionan los intereses de los operadores.

derstanding EU Consumer Law, Intersentia, 2009, pp. 64 y ss. Uno de los últimos ejemplos de esta armonización fragmentaria es la directiva 2005/29, que «aproxima las leyes de los Estados miembros sobre las prácticas comerciales desleales, incluida la publicidad desleal, que son directamente perjudiciales para los intereses económicos de los consumidores (...), sin comprender ni atañer a las leyes nacionales sobre prácticas comerciales desleales que perjudican sólo a los intereses económicos de los competidores o que se refieren a transacciones entre comerciantes», (considerando sexto). Al respecto, entre otros, DE VREI, R. W., *Towards a European unfair competition law: a clash between legal families. A comparative study of English, German and Dutch law in light of existing European and international legal instruments*, Martinus Nijhoff, 2006, o COLLINS, H., «Harmonisation by example: European laws against unfair commercial practices», *Modern Law Review*, 73 (1), 2010.

⁹⁴ Lo que tiene más sentido y ha sido criticado por gran parte de la doctrina, pues muchas de las conductas desleales tienen efectos *polivalentes*, esto es, lesionan los intereses de los consumidores y también de los competidores. En realidad, es difícil encontrar actos con efectos negativos únicamente sobre un colectivo, pues cualquier incremento de la clientela de un empresario (recurriendo a comportamientos desleales), produce una proporcional reducción de la clientela, actual o potencial, de un competidor. MARTÍ MOYA, V., «El *piecemeal approach* de la tutela pública del consumidor contra prácticas desleales en España frente al modelo italiano», en Olavarría Iglesia, J. (Dir.), y Martí Miravalls, J. (Coord.), *Estudios in memoriam de Don Manuel Broseta Pont*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 205, «es difícilmente imaginable que un acto de competencia perjudique al consumidor, atrayéndolo deslealmente hacia sí, no vaya a perjudicar también al competidor».

Con esta distinción, en cualquier caso, se acentúan las connotaciones de interés público de la ley, reforzándose más si cabe el nexo existente entre el Derecho de la competencia y el Derecho del consumidor, por tener ambos en el centro de sus ejes la sublimación de la soberanía de este último⁹⁵.

De este modo, mientras las normas antitrust tratan de asegurar un adecuado abanico de opciones para el consumidor, el corpus jurídico sobre protección del consumidor garantiza que éste pueda elegir efectivamente entre dichas opciones, asegurando unos estándares de información, calidad y seguridad determinados. Es decir, mientras el primero aborda los fallos de mercado de carácter externo (reducción del número o calidad de opciones disponibles), el segundo aborda los fallos internos, desde la esfera del consumidor, tales como engaños o desinformación⁹⁶.

Sin embargo, este modelo unificado que, desde una perspectiva utilitaria, considera complementarias dichas ramas jurídicas a fin de garantizar una efectiva capacidad de elección del consumidor no falseada, sólo ha sido plenamente adoptado en determinados países como Reino Unido, Estados Unidos, Australia o, más recientemente, Italia⁹⁷.

Como decíamos, la UE no ha integrado ambas políticas hasta el momento, lo que a nuestro juicio ha producido resultados mejorables en la esfera del Derecho del consumidor y ha llevado a la doctrina a reclamar un progresivo acercamiento de ambas a través de un proceso de convergencia⁹⁸.

⁹⁵ Podría abrirse un debate sobre el contenido del llamado Derecho del consumidor, protección del consumidor o *Consumer Law*, concepto este con mayor arraigo en los ordenamientos del *Common Law*. Desde la perspectiva europea, en la que falta un enfoque sistemático de la materia, hoy en día fraccionada en numerosas normas que aspiran a la armonización/unificación del mercado único, se vislumbra un cambio de paradigma, del que han advertido diversos autores: «*the EU is moving to a new era, when its challenge will be to make the rules it has established work for the benefit of consumers and fair competition in the internal market*», HOWELLS, G., en LECZYEWICZ, D., WEATHERILL, S., *The images of the Consumer in EU Law. Legislation, Free Movement and Competition Law*, Hart Publishing, 2018, p. 446. Destacando esta idea, asimismo, que «*the consumer has become the new sovereign*», LECZYEWICZ, D., WEATHERILL, S., *The images of the Consumer in EU Law*, cit., p. 19.

⁹⁶ Así, ALBORS-LLORENS, A., «Competition and Consumer Law in the EU: Evolution and Convergence», *Yearbook of European Law*, vol. 33, núm. 1, 2014, p. 163, quien ha estudiado el tema en profundidad.

Justificando dicho tratamiento unitario e integrado, en Reino Unido prevalece la idea de que «*competition policy should be treated as an integral element in an effective strategy of consumer protection*», como manifiestan HOWELLS, G., WEATHERILL, S., *Consumer Protection Law*, 2.^a ed., Ashgate, 2005, p. 518, citando un documento del propio Gobierno británico.

⁹⁷ Lo que puede advertirse en materia de *enforcement*, a la luz de las competencias de la Autoridad Nacional para los Mercados y la Competencia británica, y otras autoridades europeas, que se verán con más detenimiento en un apartado ulterior. Al respecto, ALBORS-LLORENS, A., *op. cit.*, p. 164.

⁹⁸ ALBORS-LLORENS, A., *op. cit.*, p. 165.

4.1 CONSIDERACIONES DESDE EL DERECHO EUROPEO

Desde el punto de vista europeo, al abordar las prácticas de *geoblocking* como posible acto de competencia desleal, el primer escollo que se presenta al jurista es que la Directiva de 2005 no hace referencia a las mismas. Y no lo hace, ni de forma directa, regulando el *geoblocking*, ni de forma indirecta, abordando la discriminación entre consumidores con carácter general. A pesar de ello, no puede dudarse que los efectos perversos de estas prácticas pueden lesionar los legítimos intereses de los consumidores, como sí entendió el legislador español de 1991, regulando expresamente la discriminación en la ley de competencia desleal.

No obstante, tras más de diez años desde su aprobación, el desarrollo del proceso europeo y la evolución del contexto socioeconómico europeo ha generado en la Comisión una creciente sensibilidad contra la discriminación entre consumidores. Puede decirse que, si hasta este momento se había preocupado de la integración del mercado único a través de una efectiva implementación de las libertades de circulación, ahora se pone especial énfasis en que dicho mercado único ofrezca a todos los europeos las mismas oportunidades⁹⁹.

Pueden citarse varios ejemplos al respecto, por una parte, el ya aludido Reglamento de geobloqueo que, por cuanto limitado en su objeto, supone un hito en la lucha contra la discriminación. Por otro lado, la campaña de la Comisión contra la llamada calidad dual de los productos¹⁰⁰ y, por último, la inclusión de la discriminación en el documento de trabajo de la Comisión sobre la implementación de la Directiva sobre prácticas desleales¹⁰¹ y las recientes propuestas para su modificación.

Como es sabido, la Directiva 2005/29 resulta aplicable a cualquier práctica que ocurra durante o después de la transacción económica entre empresario y consumidor, y también a las que tienen lugar antes, como el *geoblocking*.

⁹⁹ En el mismo sentido se manifiesta ARPIO SANTACRUZ, J., «La regulación del bloqueo geográfico y otras formas de discriminación en la UE», en MADRID PARRA, A., *Derecho mercantil y tecnología*, Aranzadi, 2018, p. 1161, para quien la regulación (del bloqueo geográfico) no responde tanto a la necesidad de garantizar la libre circulación como a la voluntad de promover una determinada concepción del mercado único bajo la cual los consumidores y los clientes accedan a los bienes o servicios en igualdad de condiciones (...).

¹⁰⁰ El problema de la calidad dual es un fenómeno abordado de forma reciente por la Comisión y que hace referencia a la comercialización de productos con una marca idéntica, pero con diferente composición en distintos países. La preocupación de la Comisión la resumen las palabras de su aún presidente Juncker, «No puedo aceptar que en algunas partes de Europa [...] se venda a los consumidores alimentos de menor calidad que en otros países, a pesar de que los envases y marcas sean idénticos [...]». Comunicación «Un nuevo marco para los consumidores», cit., p. 18.

¹⁰¹ SWD(2016) 163 final, de 25 de mayo de 2016.

Además, ante la falta de tipificación expresa, para ser considerada desleal una determinada práctica debe ser contraria a las exigencias de la buena fe, entendiéndose así cualquier comportamiento contrario a la diligencia profesional que cabe esperar de un empresario, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado.

Cabe plantearse, pues, si la discriminación entre consumidores puede considerarse desleal en este sentido. Para dar respuesta a esta cuestión la Directiva no otorga pauta alguna, más allá de la cláusula general citada, pues como decíamos, no existe una previsión específica que considere, ni el *geoblocking* ni la discriminación en general, como prácticas desleales.

Por el contrario, sí existe una alusión a este fenómeno en el Documento de trabajo sobre la implementación de la Directiva que, por primera vez y aunque de forma somera, aborda la deslealtad de las prácticas de geolocalización¹⁰². Este documento analiza brevemente las prácticas que discriminan a los consumidores en internet sobre la base de su lugar de residencia o nacionalidad a través de técnicas de *geoblocking*, haciendo especial hincapié en la información que recibe el consumidor. Así, en un alarde de oscurantismo, este documento indica que «si el comerciante informa debidamente al consumidor sobre estas restricciones de acuerdo con el artículo 8.3 de la Directiva 2011/83 sobre derechos de los consumidores¹⁰³, *dichas restricciones no pueden considerarse prácticas desleales per se. No obstante, en atención a las circunstancias del caso concreto, dichas prácticas pueden llegar a ser consideradas prácticas comerciales desleales*».

Por otro lado, este documento apunta a la preparación de normativa específica sobre el *geoblocking* por parte de la Comisión, así como a la posibilidad de que dichas prácticas infrinjan otras normas europeas, como la Directiva de servicios¹⁰⁴.

Leído en sentido contrario, por tanto, el incumplimiento de las obligaciones informativas impuestas a favor del consumidor por otras normas europeas, tales como el artículo 3 del reglamento de *geoblocking*¹⁰⁵ o el artículo 8.3 de

¹⁰² Par. 5.2.14.

¹⁰³ Este apartado reza literalmente que «los sitios web de comercio deberán indicar de modo claro y legible, a más tardar al inicio del procedimiento de compra, si se aplica alguna restricción de entrega y cuáles son las modalidades de pago aceptadas».

¹⁰⁴ Como ya ha sido advertido en este trabajo, el artículo 20 de la Directiva 2006/123 prohíbe la discriminación entre consumidores europeos por razón de residencia o nacionalidad salvo que las diferencias en las condiciones de acceso al servicio estén «directamente justificadas por criterios objetivos».

¹⁰⁵ Este precepto establece especiales requisitos de información en dos supuestos. El primero, en caso de redirección a una versión de la interfaz en línea distinta a la que el cliente trató de acceder inicial-

la Directiva sobre derechos de los consumidores, podría convertir la práctica en desleal por virtud del artículo 7.5 de la Directiva 2005/29¹⁰⁶.

El documento de trabajo no aborda, sin embargo, la cuestión más conflictiva, esto es, si más allá de estos supuestos relativos a la falta de información, el *geoblocking*, en cualquiera de sus formas, puede ser considerado una práctica comercial desleal a la luz de la directiva.

En este sentido, recordemos que las prácticas de *geoblocking* pueden tener, a efectos del consumidor, dos consecuencias principales. Por un lado, que se produzca una negativa absoluta a atender su solicitud, o bien que ésta llegue a perfeccionarse en condiciones distintas, fundamentalmente de precio, respecto de los consumidores nacionales.

La posible incardinación de tales comportamientos como prácticas desleales no ha sido hasta la fecha abordada con profundidad, ni por la Comisión Europea ni por el TJUE, y tampoco la doctrina se ha dedicado en exceso¹⁰⁷. Es, en efecto, un debate complejo que gira en torno a problemas algo más estudiados como la discriminación de precios por grupos de consumidores, pero con connotaciones de derechos fundamentales que dificultan el tratamiento de la cuestión¹⁰⁸.

Es cierto, no obstante, que se advierte un progresivo mayor rechazo a estas prácticas por parte de los consumidores con carácter general, probablemente

mente, pues habrá de recabar, para ello, su consentimiento expreso. El segundo, cuando el bloqueo o la limitación de acceso o la redirección sean necesarios para garantizar el cumplimiento de un requisito legal, el comerciante dará una explicación clara y específica a los clientes sobre las razones por las que el bloqueo, limitación de acceso o redirección son necesarios para garantizar el mencionado cumplimiento.

¹⁰⁶ Que al respecto de las omisiones engañosas considera sustanciales «*los requisitos establecidos por el Derecho comunitario en materia de información relacionados con las comunicaciones comerciales (...)*».

¹⁰⁷ Con notables excepciones en nuestro país, como la monografía de PORFIRIO CARPIO, L. J., *La discriminación de consumidores como acto de competencia desleal*, Marcial Pons, 2002.

¹⁰⁸ Puede citarse, al respecto, la sentencia del TJUE de 1 de marzo de 2001, Asunto C-236/09, que resuelve una cuestión prejudicial en un conflicto que enfrentaba a una Asociación belga de Consumidores contra el Gobierno belga por la transposición de la Directiva 2004/113, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro. En ella, se declara incompatible con la igualdad la aplicación de primas distintas por razón exclusiva del sexo. *Vid.* el comentario crítico a la misma de VEIGA COPO, A., SÁNCHEZ GRAELLS, A., «Discriminación por razón de sexo y prima del contrato de seguro. Apuntes críticos a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 1 de marzo de 2011, en el asunto C-236/09», disponible en https://www.researchgate.net/publication/228246096_Discriminacion_por_Razon_de_Sexo_y_Prima_del_Contrato_de_Seguro_Apuntes_Criticos_a_la_Sentencia_del_Tribunal_de_Justicia_de_la_Union_Europea_Gran_Sala_de_1_de_Marzo_de_2011_en_el_Asunto_C-23609_-_Asso.

Más en general, sobre la justificación económica de ciertas prácticas de discriminación por precios OKADA, T., «Third-degree Price discrimination with fairness-concerned consumers», *The Manchester School*, vol. 82, núm. 6, 2014, quien califica como injusta o desleal (*unfair*) la diferencia de precio basada en el género y reconoce que la UE se ha hecho eco de la indignación de los consumidores al aprobar la Directiva 2004/113, p. 712, o CARROLL, K., COATES, D., «Teaching Price discrimination: some clarification», *Southern Economic Journal*, núm. 66, 1999.

debido a la mayor información sobre precios que éstos poseen gracias a internet¹⁰⁹. En este sentido, y como hemos adelantado, la creciente preocupación de la Comisión se está traduciendo en un mayor activismo en su lucha contra las prácticas discriminatorias, como demuestra la reciente investigación abierta contra un gran parque de atracciones europeo por parte de la Comisión por aplicar precios diferentes a los clientes por razón de su nacionalidad¹¹⁰.

Por ello, desde la perspectiva de la regulación europea, cabe plantearse si la aprobación de una regulación específica sobre el *geoblocking* resulta ser un obstáculo para aprehender esta práctica como desleal, a la luz del artículo 3.4 Directiva 2005/29. En este sentido, habría que tomar en consideración que, según este precepto, «*en caso de conflicto entre las disposiciones de la presente Directiva y otras normas comunitarias que regulen aspectos concretos de las prácticas comerciales desleales, estas últimas prevalecerán y serán aplicables a esos aspectos concretos*». Por ello, la respuesta a si la discriminación que el *geoblocking* implica puede ubicarse en el ámbito de la cláusula general de deslealtad no resulta obvia.

Por un lado, cabría distinguir entre las prácticas de *geoblocking* que recaen en el ámbito del Reglamento, y, por otro, aquellas que no quedan cubiertas por él.

Parece evidente que si las primeras son consideradas injustificadas a la luz del Reglamento, debe aplicarse la norma especial y no la norma general, por lo que no cabría perseguir la conducta por su deslealtad (art. 3.4 Directiva 2005/29). Pero, ¿cabría atacar la legalidad de conductas no prohibidas por el Reglamento? O, lo que es lo mismo, ¿cabría considerar desleal una práctica de *geoblocking*, bien excluida del Reglamento o bien justificada a la luz del mismo?

Estas cuestiones quedan sin respuesta en el documento de trabajo de la Comisión, que evita pronunciarse al respecto, quizás por su complejidad y por la vital relevancia de las particularidades del caso concreto.

¹⁰⁹ Así lo advierte OKADA, T., *op. cit.*, p. 701, «*pricing policies on the basis of characteristics that cannot be altered, like sex, seem unfair to many*». Este autor cita varios casos de quejas masivas de consumidores ante grandes operadores como Amazon, y estudios que ponen de relieve el malestar que producen estas prácticas entre los consumidores.

¹¹⁰ Bajo acusaciones de *geoblocking* ilegal, en 2015 y antes de aprobarse en Reglamento, los consumidores acusaron al parque de bloquear su acceso a las ofertas más baratas, disponibles sólo para los consumidores franceses o belgas, incumpliendo la Directiva de servicios. Noticia disponible en <https://www.konsumenteuropa.se/en/news-and-press-releases/eu-kommissionen/archive-2015/disneyland-paris-faces-investigation/> o <http://www.consumerchampion.eu/news/unfair-practice-consumer-discrimination-investigated-eu-commission>

En este caso, la mera apertura de la investigación, así como la fuerte presión recibida implicó un cambio de esta política de precios. *Vid.*, en prensa, «Disneyland Paris ditches pricing policy. Theme park alters policy after criticism non-French visitors faced higher fees», en <https://www.ft.com/content/e472ecc2-031b-11e6-af1d-c47326021344>

En relación con las prácticas cubiertas, pero justificadas por el Reglamento, en nuestra opinión, no podrán ser consideradas desleales, y ello porque, a pesar de la diferente terminología utilizada en ambos textos legales, existe una identidad en la fundamentación de uno y otro: en el *geoblocking* justificado no existe discriminación.

En efecto, no puede considerarse discriminatorio un trato desigual a dos consumidores cuya posición jurídica es distinta *en la concreta relación con el operador*. Esta premisa resulta fundamental a la hora de juzgar, tanto la deslealtad de una práctica de *geoblocking* a la luz de la Directiva, como su justificación en términos del Reglamento.

Para ambos textos resultan relevantes las diferencias que el distinto contexto jurídico-económico puede proyectar sobre la transacción, lo que lo que conllevaría consecuencias distintas para el operador en uno u otro caso. Consecuencias que justificarían, para ambos textos, un tratamiento desigual.

Esta interpretación sería conforme con los postulados reiterados en la doctrina del TJUE, según la cual «el principio de igualdad de trato exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado»¹¹¹.

En línea de principio que será desarrollado al hilo del ordenamiento español, si las circunstancias geográficas de dos consumidores alteran la posición *jurídica o económica del operador*, no puede existir discriminación cuando éste los trata de forma diferente. Lo contrario atentaría contra los postulados más básicos de la libertad de empresa, que incluye la capacidad del operador de delimitar el ámbito geográfico en el que prestar sus servicios, sobre todo cuando de ello se derivan obligaciones económicas y legales diversas.

No ha de olvidarse, asimismo, que la libertad de empresa ampara, por ejemplo, las políticas de discriminación de precios por grupos de clientes, cuando existen razones objetivas¹¹².

En cualquier caso, en supuestos abordados por el Reglamento, la norma especial ha de prevalecer sobre la norma general y habría que acudir, necesariamente, a la tutela ofrecida por el Reglamento, por lo que, una vez avalada una conducta por el Reglamento, no cabrá poner en duda su validez por una eventual deslealtad.

Sin embargo, ¿qué ocurre más allá de los supuestos previstos (y sectores contemplados) por el Reglamento? En nuestra opinión, la respuesta, de nuevo,

¹¹¹ Sentencias del TJUE de 1 de marzo de 2011, C-236/09, par. 28, y de 16 de diciembre de 2008, C127/07, par. 23, entre otras.

¹¹² *Vid.*, al respecto, las consideraciones del Documento de trabajo de la Comisión, pp. 147 a 150, aunque con los límites apuntados, entre otros, en la STJUE C-236/09.

deberá basarse sobre la premisa expuesta anteriormente. En estos casos, si existe un trato diferenciado entre consumidores cuyas diferentes circunstancias no alteran la posición jurídica ni económica del operador, podrán ser considerados desleales.

En consecuencia, ante la inaplicabilidad del Reglamento, se podrá acudir a los remedios nacionales previstos en transposición de la Directiva, por ser la discriminación en estos casos asimilable a la negativa a vender a un consumidor en un negocio físico por razones de mera nacionalidad o residencia (o de sexo o religión). Tal comportamiento atenta contra a las más básicas exigencias de la buena fe y sería, por tanto, desleal.

4.2 LA DISCRIMINACIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

En nuestro ordenamiento, por otro lado, sí contamos con la tipificación expresa de la discriminación como acto de competencia desleal. En efecto, el artículo 16.1 LCD reputa desleal el tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta, salvo que medie causa justificada.

Ante esta especial regulación, la primera duda que cabe dilucidar es si el artículo 16 LCD supone una infracción del principio de armonización máxima o plena impuesto por la Directiva, y que tanto debate doctrinal y judicial ha suscitado sobre la base, fundamentalmente, del riesgo de producir una reducción del grado de protección del consumidor¹¹³.

Según este principio, los Estados no pueden adoptar medidas más restrictivas que las definidas en la Directiva, ni siquiera para garantizar un grado más elevado de protección a los consumidores¹¹⁴. Así, y aunque nuestro país no pertenece al grupo de Estados que se caracterizan por dotarse de unas normas especialmente estrictas en esta materia, alguna norma española ya ha sido objeto de anulación por contravenir este principio¹¹⁵.

¹¹³ Véase, al respecto, entre otros, STUYCK, J., «The Court of Justice and the unfair commercial practices Directive», *Common Market Law Review*, núm. 52, 2015, o nuestro trabajo, MARTÍ MOYA, V., «Consecuencias del principio de armonización plena de la directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales, a la luz de la reciente jurisprudencia del TJUE», *Revista de Derecho mercantil*, núm. 283, 2012.

¹¹⁴ Documento de trabajo de la Comisión «Guía para la implementación/aplicación de la Directiva 2005/29 relativa a las prácticas comerciales desleales», que acompaña a la Comunicación «Un enfoque global dirigido a estimular el comercio electrónico transfronterizo para las empresas y los ciudadanos europeos», COM(2016) 320 final, de 25 de mayo de 2016, pp. 12 y ss., que da cuenta de los numerosos pronunciamientos del TJUE al respecto.

¹¹⁵ En concreto, la regulación de la venta a pérdida contenida en la LOCM, fue declarada contraria a la Directiva por el TJUE en sentencia de 19 de octubre de 2017, C-295/16. Sobre esta sentencia, entre

En efecto, la armonización plena impide la prohibición absoluta de prácticas más allá de las contempladas en el Anexo I. En sentido contrario, y en consecuencia, es posible tipificar conductas no expresamente contempladas en la Directiva siempre que permita realizar un análisis individual del carácter «desleal» de las mismas a la luz de los criterios enunciados en la propia Directiva.

En este marco, la prohibición de discriminar entre consumidores, tal y como está regulada en el artículo 16 LCD, no debe considerarse contraria a la Directiva, ya que no configura el ilícito como una prohibición absoluta, es decir, no reputa desleal toda diferencia de trato *tout court*. Antes bien, permite al juzgador un margen de apreciación en el que poder proyectar los corolarios de la general exigencia de buena fe sobre su eventual justificación. Se cumplirían, con ello, los requisitos establecidos en la doctrina del TJUE, por virtud de la cual las prácticas que no están en la lista pueden ser prohibidas únicamente tras un análisis casuístico de su deslealtad sobre la cláusula general de la Directiva ¹¹⁶.

Por otro lado, podría resultar, asimismo, problemático determinar si la discriminación «distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico del consumidor (...)», tal y como exige el artículo 5 de la Directiva 2005/29. La doctrina más autorizada ha dado a esta cuestión una respuesta negativa, que, sin embargo, no compartimos ¹¹⁷. En efecto, la discriminación puede privar al consumidor de determinadas oportunidades (rechazo de la compra de un bien en una página web del Estado A), empujándolo a realizar una transacción sustitutiva en diferentes condiciones (compra del mismo bien en el Estado B, con distinto precio). Evidentemente, la falta de acceso a las condiciones ofrecidas en el Estado A determina la aceptación de las condiciones ofrecidas en el Estado B, lo que afecta de forma sustancial a sus intereses económicos. La propia Comisión Europea acepta implícitamente este planteamiento, al abordar la discriminación en la Guía para la implemen-

otros, PALAU RAMÍREZ, F., «El ocaso de la prohibición de la venta a pérdida en la LOCM: la relevancia de la STJUE de 19 de octubre de 2017, Europamur Alimentacion, S. A», en Miranda Serrano, L. M., Costas Comesaña, J., (dirs.), *Derecho de la competencia, desafíos y cuestiones de actualidad*, Marcial Pons, 2018, pp. 107 y ss., o GONZÁLEZ PONS, E., «El nuevo régimen de la venta a pérdida en España: el final de la adaptación pendiente de la ley de ordenación del comercio minorista a la directiva de prácticas comerciales desleales», *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, núm. 18, 2019.

¹¹⁶ *Vid.* referencia en STUYCK, J., *op. cit.*, p. 727.

¹¹⁷ Al respecto se ha manifestado que «la discriminación no afecta a la autonomía de decisión del consumidor (...). El proceso de toma de decisiones no sufre alteración ni condicionamiento por este motivo. (...), «la proscripción legal del trato discriminatorio (...) no se basa en la lesión de su autonomía de decisión, sino en la quiebra de la garantía de acceso a todas las prestaciones que se ofrecen en el mercado en igualdad de oportunidades», PORFIRIO CARPIO, *op. cit.*, pp. 151 y ss.

tación de la Directiva 2005/29¹¹⁸. A pesar de la falta de explicación sobre los efectos sobre el comportamiento del consumidor en los casos de discriminación, algo que hubiese sido deseable, es indudable que la Comisión engloba la discriminación en precios dentro del ámbito de aplicación de la Directiva.

Adentrándonos, pues, en la elaboración de una primera aproximación sobre la deslealtad de la discriminación, han de considerarse distintas cuestiones de relieve. En primer lugar, qué ha de entenderse por discriminación en Derecho privado. En este sentido, se ha señalado que la diferencia entre discriminación y diferenciación es que la primera es injustificada y no razonable. Discriminación sería, por tanto, una diferencia de tratamiento no justificada ni razonable¹¹⁹.

En el derecho privado, donde no actúa con total eficacia la prohibición constitucional del artículo 14, la prohibición de trato arbitrario injustificado «ha de hacerse compatible con otros valores que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad»¹²⁰. Por ello, y sin aspirar a elaborar una doctrina sobre la aplicación de la prohibición constitucional a las relaciones privadas, hemos de recurrir al concreto ámbito de la norma que regula con carácter general las prácticas o conductas empresariales y al alcance de la concreta tipificación contenida en el artículo 16 LCD.

Este importante precepto no cuenta con demasiados precedentes judiciales que puedan arrojar luz sobre las justas causas que ampararían un tratamiento desigual. Sin embargo, la escasa doctrina que lo ha estudiado en profundidad, parte de la base de que «sólo es posible afirmar que una conducta es discriminatoria cuando no se apliquen las mismas condiciones comerciales a consumidores que se encuentren en situaciones de igualdad», para posteriormente destacar que determinadas circunstancias fácticas y personales del consumidor pueden servir para diferenciar¹²¹.

En nuestra opinión, en el comercio tradicional realizado en establecimientos físicos rige, en línea de principio, la máxima según la cual no se pueden aplicar condiciones distintas sólo a causa de la nacionalidad o del país de residencia. No obstante, el comercio *online* introduce circunstancias objetivas

¹¹⁸ Doc. citado anteriormente, pp. 161 y ss.

¹¹⁹ PORFIRIO CARPIO, L. J., *op. cit.*, p. 86.

¹²⁰ Más en profundidad, *ibid.*, pp. 89 y ss.

¹²¹ PORFIRIO CARPIO, L. J., *op. cit.*, pp. 95 y ss. Aunque, hay que recordar, que la monografía del profesor Porfirio se centra en los casos de discriminación entre consumidores nacionales basados, sobre todo, en las diferentes circunstancias personales ligadas a la profesión, posición económica, edad, género, etc., sin plantearse los problemas que el auge del comercio electrónico ha expuesto, más recientemente y con mayor claridad con la transnacionalidad de las transacciones.

distintas, aunque ligadas a la residencia, que pueden justificarlas, como, por ejemplo, los gastos de envío.

Se permitiría, así, la aplicación de precios distintos según los puntos de venta, como tiendas y sitios web, o dirigir ofertas específicas solo a un determinado territorio de un Estado miembro, con motivo de introducir un nuevo producto, por ejemplo, pero esas ofertas deben ser accesibles a los consumidores del resto de países de la UE ¹²².

A la vista del nuevo paradigma, nuestro artículo 16 LCD puede despertar de su largo letargo y adquirir una renovada vitalidad al calor del auge de internet, por su idoneidad para reprimir las prácticas de *geoblocking*, pero también otras conductas de naturaleza típicamente digital, como los precios personalizados derivados del uso del *big data* ¹²³.

Por ello, hay que poner en valor esta norma en este nuevo contexto, que ha visto acentuado el interés de las instituciones por corregir las disfunciones que internet ha permitido incorporar a los mercados. Sería conveniente, por tanto, abrir un debate sobre el tenor del precepto, a nuestro juicio demasiado parco, para clarificar en qué circunstancias puede una discriminación ser aceptada ¹²⁴.

4.3 ¿PREVENCIÓN O CASTIGO? HACIA UNA REPRESIÓN EFICAZ DE LAS PRÁCTICAS DESLEALES CONTRA LOS CONSUMIDORES

Las históricas diferencias en la conceptualización de deslealtad en el mercado en los distintos Estados que componen la UE, se reflejan en la configuración de los instrumentos para su represión o, en la terminología más extendida actualmente, para su aplicación. Sin podernos detener en un análisis histórico-comparado, ha de recordarse la inicial consideración del «hombre de

¹²² Así de tajante se muestra la Comisión Europea, https://europa.eu/youreurope/citizens/consumers/unfair-treatment/unfair-pricing/index_es.htm

¹²³ Esta práctica consiste en aplicar diferentes precios u otras condiciones comerciales no sobre la base de la residencia o nacionalidad sino sobre el estudio del comportamiento del consumidor y de la determinación de su capacidad de gasto y de su disponibilidad a pagar. Ha estudiado en profundidad el tema MAGGIOLINO, M. *Vid.*, entre otros trabajos suyos, «Big data e prezzi personalizzati», *Concorrenza e mercato*, núm. 1, 2016.

¹²⁴ Por ejemplo, la discriminación por razones de nacionalidad no es desconocida en determinados sectores que basan sus condiciones en cálculos estadísticos o actuariales. En este sentido, ¿cabría discriminar a consumidores aplicando un determinado criterio de «riesgo», calculado objetivamente y asociado a su nacionalidad o residencia? Esta es una práctica muy extendida, por ejemplo, en Italia, en el sector de alquiler de vehículos y va ligada a la más alta siniestralidad en ciertas zonas del Sur. Asimismo, el riesgo de impago de un producto adquirido a plazos (ya sea financiero o no financiero) es más elevado cuantos menos vínculos (personales, económicos, etc.) tenga una persona con un determinado país, y es más fácilmente constatable en personas extranjeras sin arraigo.

negocios prudente» como el sujeto a proteger de la competencia desleal de sus competidores en los albores de la construcción europea, y el viraje hacia la protección del consumidor que comenzó a imponerse tras el ingreso en la CEE de países como Reino Unido en los años setenta ¹²⁵.

La confluencia de dos regímenes bien distintos produjo fricciones no siempre fáciles de solventar, y que hoy están en la base de las diferencias, tanto de la delimitación material del conjunto de normas que se aúnan bajo el manto de competencia desleal, como de sus formas de represión ¹²⁶.

En cualquier caso, aunque el Derecho sustantivo del consumo ha sufrido una notable europeización debida a la importante intervención de las autoridades europeas, la regulación de su aplicación o *enforcement*, (término que se ha venido generalizando) ha seguido estando, fundamentalmente, en manos de los Estados miembros.

En efecto, aunque con casi veinte años de retraso, el prematuro interés de la Comisión, ya en los años sesenta, de armonizar la competencia desleal en su conjunto, vio finalmente, y aunque de forma parcial, la luz con la aprobación de la Directiva 2005/29, sobre las prácticas desleales con los consumidores ¹²⁷.

Al hilo del margen otorgado por las Instituciones europeas, persisten las diferencias nacionales entre países que, como Alemania o España, enfatizan la autotutela del perjudicado, añadiendo la posibilidad de ejercer acciones colectivas, con otros como Bélgica o Francia, donde el Derecho penal complementa la aplicación privada, o países como Reino Unido, Italia, o los países escandinavos, donde organismos públicos como la *Competition and Markets Authority*

¹²⁵ El repaso histórico que ofrece MICKLITZ, H. W., en MICKLITZ, H. W., REICH, N., ROTT, P., *Understanding EU Consumer Law*, cit., pp. 64 y ss., ayuda a comprender este cambio de paradigma. Así, en los primeros años sesenta, la Comisión encargó un estudio comparado de la regulación sobre competencia desleal en los seis países fundadores de las entonces Comunidades Europeas al Instituto de la Universidad de Múnich para la propiedad intelectual internacional. El volumen dirigido por el profesor Ulmer se publicó en 1965, y sentaba las bases para un proceso de armonización de la competencia desleal fundada sobre las «prácticas honestas», al que la Comisión parecía decidida. Tras la incorporación de Reino Unido, junto con Irlanda y Dinamarca, este originario enfoque quedó superado para abrazar el cada vez más potente movimiento de protección del consumidor. No en vano, el primer Programa de Política de los Consumidores de la Comisión data de 1975.

¹²⁶ MICKLITZ, H. W., *op cit.*, p. 65, retrata las discusiones subyacentes a la aprobación de la primera Directiva sobre la materia, la Directiva 84/450 (hoy 2006/114), sobre publicidad engañosa, señalando las reticencias de países como Reino Unido a la introducción del término desleal (o *unfair competition, unfair advertising*), al que su tradición jurídica no estaba habituada.

¹²⁷ Hacemos hincapié en que el objetivo se ha logrado sólo parcialmente, pues esta Directiva excluye de su ámbito de aplicación las relaciones entre competidores, que son, precisamente, el germen de esta materia y que se explica por las notables diferencias conceptuales que todavía existen entre los países miembros. Austria y Alemania, en este sentido, se manifestaron expresamente contra esta exclusión durante la tramitación del texto, MICKLITZ, H. W., *op. cit.*, pp. 69 y ss.

o la *Autorità Garante del Mercato e la Concorrenza*, juegan un papel fundamental en la detección y sanción de tales prácticas¹²⁸.

Ello ha producido grandes diferencias en el grado de eficiencia en el control de estas prácticas. De hecho, de los últimos estudios y documentos de trabajo de la Comisión se desprende que el foco de atención se está dirigiendo más hacia la mejora de la ejecución de las normas sobre protección de los consumidores, y no tanto a poner en cuestión su contenido¹²⁹.

Es evidente que la autotela judicial del consumidor, como único mecanismo corrector, ha mostrado claras deficiencias para reprimir conductas desleales. Ello es ya, *per se*, grave en casos de abusos puntuales e individualmente cometidos, pero resulta extremadamente pernicioso en supuestos de abusos masivos realizados a gran escala. Y, en este sentido, la implantación del comercio electrónico ha hecho de internet un caldo de cultivo excepcional para la progresiva proliferación de estas prácticas, multiplicando su alcance y su efecto dañino por la rapidez de propagación y su alcance masivo.

Ello ha de conducirnos a una reflexión sobre la eficiencia de los mecanismos correctores de los que disponemos en nuestro país, básicamente judiciales, y sobre la conveniencia de introducir instrumentos de aplicación pública a través de órganos administrativos con potestad para imponer sanciones¹³⁰.

Si bien es cierto que nuestro ordenamiento cuenta con el artículo 3 LDC, que legitima la intervención sancionadora de la autoridad (o autoridades) de la

¹²⁸ Sobre ello véanse nuestros trabajos MARTÍ MOYA, V., «La represión pública de la competencia desleal», *RDM*, núm. 291, 2014, MARTÍ MOYA, V., «El modelo anglosajón y el *public enforcement*», en Miranda Serrano, L. M. (Dir.), *La protección de los consumidores en tiempos de cambio. Ponencias y comunicaciones del XIII Congreso de la Asociación Sainz de Andino*, Iustel, Madrid, MARTÍ MOYA, V., «El *piecemeal approach* de la tutela pública del consumidor contra las prácticas desleales en España frente al modelo italiano» en Olavarría Iglesia, J., (Dir.), *Estudios in memoriam de Don Manuel Broseta Pont*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, así como, fuera de nuestras fronteras ROTT, P., «Effective enforcement of consumer law: the comeback of public law and criminal law», en Devenney-Kenny, (ed.), *European Consumer Protection*, Cambridge University Press, 2012, p. 64, o, en profundidad, Henning-Bodewig (ed.), *International Handbook on Unfair Competition*, C. H. Beck-Hart-Nomos, 2013, o POELZIG, D., «Private or Public Enforcement of the UCP Directive? Sanctions and Remedies to Prevent Unfair Commercial Practices», en VAN BOOM, W., GARDE, A. y AKSELI, O., *The European Unfair Commercial Practices Directive. Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, Ashgate, Surrey, 2014.

¹²⁹ Comunicación «Un nuevo marco para los consumidores», cit., p. 5.

¹³⁰ Sobre esta posibilidad se pronuncia también GONZÁLEZ PONS, E., *Prácticas agresivas y tutela del consumidor*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, p. 204. La autora coincide en señalar que, una vez constatado el fracaso español en la represión de las prácticas desleales con consumidores centrado en un modelo de tutela privado, resulta conveniente defender la perspectiva pública que otorga el Derecho de la competencia para abordar las prácticas comerciales desleales con consumidores. La autora entiende que las alternativas para la consecución del citado objetivo se centrarían en reactivar el artículo 3 LDC para la represión de las prácticas desleales cualificadas o bien impulsar una reforma legislativa con el objeto de unificar la tutela de la competencia y la protección del consumidor frente a las prácticas comerciales desleales en la autoridad española de competencia que implicaría seguir la estela de países como Reino Unido o Italia.

competencia ante los actos de competencia desleal que por *falsear la libre competencia afecten al interés público*, no lo es menos que este precepto no está pensado para la protección directa del consumidor, sino para garantizar una estructura concurrencial del mercado.

A pesar de que, en nuestra opinión, este precepto podría dar cobertura a la represión pública de muchos de los actos desleales realizados en masa, por falsear la competencia lesionando el interés público a mantener un mercado altamente transparente y competitivo, en beneficio de la economía en general, y del consumidor en particular, no es esta una tesis pacífica en la doctrina¹³¹.

Por ello, y ante las dudas sobre el ámbito de aplicación del artículo 3 LDC, es necesario abrir un debate sobre los criterios que han de servir para definir el alcance y configuración de la intervención pública¹³², siguiendo el ejemplo de países como Italia, paradigma de este cambio de modelo que tan buenos resultados está ofreciendo¹³³.

En efecto, convendría aprovechar el viento a favor que llega desde Europa, donde en los últimos años las Instituciones europeas han ido tomando conciencia de las tradicionales dificultades en la represión de las prácticas desleales, y se advierte un progresivo aumento de la preferencia por la intervención pública¹³⁴.

¹³¹ En profundidad sobre este precepto, MARTÍ MOYA, V., «La represión pública de la competencia desleal», *op. cit.*, «El modelo anglosajón y el *public enforcement*», en Miranda Serrano, L. M. (Dir.), *La protección de los consumidores en tiempos de cambio. Ponencias y comunicaciones del XIII Congreso de la Asociación Sainz de Andino*, Iustel, Madrid, o «El *piecemeal approach* de la tutela pública del consumidor contra las prácticas desleales en España frente al modelo italiano» en Olavarría Iglesia, J., (Dir.), *Estudios in memoriam de Don Manuel Broseta Pont*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. Asimismo, GONZÁLEZ PONS, E., *Prácticas agresivas y tutela del consumidor*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019, y la exhaustiva bibliografía allí citada.

¹³² A esta misma conclusión llega ROTT, P., *op. cit.*, p. 65. En efecto, señala las prácticas llevadas a cabo en la red como un ámbito prioritario para introducir mecanismos más desincentivadores, tales como las sanciones administrativas o, incluso, penales, en caso de prácticas fraudulentas como en el modelo alemán, p. 75. En el mismo sentido, la Comisión ratifica las deficiencias que presentan los sistemas nacionales de protección del consumidor en la era digital, al afirmar que «*Several cases recently showed that EU consumer authorities are not well equipped to tackle “mass harm situations” that affect large numbers of consumers across the EU. Today, when a company breaks consumer rules, the penalties vary widely across the EU and are often quite small. As a result, they do little to discourage unscrupulous traders from cheating*». Vid. el documento «The New Deal for Consumers How can Public Authorities boost consumer protection?», en file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Improved%20public%20enforcement%20with%20updated%20rules.pdf

¹³³ Se remite a nuestro trabajo MARTÍ MOYA, V., «El *piecemeal approach* de la tutela pública del consumidor contra las prácticas desleales en España frente al modelo italiano», en Olavarría Iglesia, J., (Dir.), *Estudios in memoriam de Don Manuel Broseta Pont*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018

¹³⁴ Ejemplo claro es la previsión del artículo 4 de la Propuesta de Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro alimentario (COM/2018/173 final), que establece la necesidad de prever un órgano de control, necesariamente público, encargado de controlar el cumplimiento de las prohibiciones establecidas en el propio texto a nivel nacional. Adviértase, por otro lado, su paralelismo con la Ley española 12/2013, de medidas para mejorar

Los problemas de acceso de los consumidores a la justicia, derivados, fundamentalmente, de la duración y los costes del procedimiento judicial, frente al limitado valor económico del daño sufrido por prácticas desleales, son algunos de los obstáculos más destacables a los que se enfrenta el consumidor que sufre una práctica desleal. Ello lleva a muchos consumidores a renunciar a hacer valer sus derechos, reduciendo, en consecuencia, la eficacia de cualquier presión disuasoria para los operadores económicos.

Bien es cierto que el altavoz que otorga internet, también para las denuncias de los consumidores, puede redundar en la merma de la reputación comercial, pero la minimización del riesgo de verse compelido a la reparación supone un importante incentivo para el incumplimiento de las normas¹³⁵. Y ello, sobre todo, si salen las cuentas entre la ganancia derivada del elevado número de consumidores afectados (conductas *online* o de operadores oligopolistas de servicios a gran escala como el gas o la electricidad), y el escaso porcentaje de quienes procederán a reclamar¹³⁶.

Es por ello que, en la era de internet, además de la tradicional autotutela del consumidor ante los Tribunales contra las prácticas desleales, es necesario comenzar a contemplar instrumentos alternativos de represión de estas conductas¹³⁷ que, en manos de las autoridades de competencia o de consumo, sean realmente efectivos, proporcionales y disuasorios. En este sentido, el principio de efectividad del Derecho europeo que está bajo un progresivo y creciente

el funcionamiento de la cadena alimentaria, donde la Agencia de Información y Control Alimentarios ya ejerce similares funciones.

Ello se sitúa en línea con los objetivos de la Comisión plasmados en su Comunicación «Un nuevo marco para los consumidores», cit., p. 5, donde se concluye que «los mecanismos de medidas correctoras individuales existentes no son suficientes en las situaciones de perjuicio masivo que afectan a un gran número de consumidores en la UE». En cualquier caso, no olvidamos que la Comisión está pensando, también y quizás, sobre todo, en la implantación de recursos procesales colectivos (las llamadas acciones colectivas), en proceso de aprobación con la Propuesta de Directiva relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, COM/2018/184 final.

¹³⁵ *Vid.*, en profundidad, las carencias de la autotutela de los consumidores como mecanismo represor de las prácticas desleales, ROTT, P., *op. cit.*, pp. 68 y ss., así como KLÖHN, L., «Private Versus Public Enforcement of Laws - A Law&EconomicsPerspective», 2010. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1730308>

¹³⁶ La necesidad de intervención pública en la aprehensión de estas conductas que lesionan a los consumidores es puesto de manifiesto también por HOWELLS, G., WEATHERILL, S., *Consumer Protection Law*, 2.ª ed., Ashgate, 2005, p. 601, al expresar que «*few sensible commentators would deny the need for there to be public enforcement of consumer laws. The individual harm caused by many breaches of consumer law will provide few incentives for individuals to bring claims, they may not have the resources to take action and in any event prevention is better than cure*».

¹³⁷ Si bien no puede afirmarse que no existan en nuestro país medidas públicas de represión de los actos desleales, es cierto que reina en la materia un evidente caos derivado de un enfoque fragmentario y poco coherente del que nos hacemos eco en nuestro trabajo MARTÍ MOYA, V., «El *piecemeal approach* de la tutela pública del consumidor contra las prácticas desleales en España frente al modelo italiano», cit.

escrutinio del TJUE, hace que los Estados no sean completamente libres a la hora de regular cómo pueden los consumidores hacer valer sus derechos, una vez que se demuestra que ciertos instrumentos son resultan aptos para el control de las conductas desleales *cualificadas*.

En efecto, junto a la protección del consumidor, no olvidemos que el Derecho que regula las prácticas comerciales contra éstos tiene un importante efecto disciplinante del mercado como espacio donde ha de prevalecer una competencia leal¹³⁸. Como se ha afirmado, no cabe duda de que la represión de la competencia desleal se orienta hacia un modelo social en el que se tratan de proteger los intereses de los competidores, de los consumidores y del mercado en general¹³⁹. Estos postulados, cada vez más generalizados entre la doctrina, justifican, en nuestra opinión, la intervención pública, al menos en los casos de conductas cualificadas, tanto por su objeto como por el número de sujetos, actual o potencialmente, afectados. Esto es, tanto para detectar y hacer cesar aquellas conductas realizadas en masa como las realizadas en sectores especialmente sensibles y, por ello, con efectos más perniciosos sobre el correcto funcionamiento del mercado¹⁴⁰.

En efecto, no se debe subestimar el efecto de socavamiento de la confianza en el mercado por parte de los consumidores que tienen las conductas abusivas realizadas a gran escala. En este sentido, han sido necesarios casos como el *Dieselgate*, para que en el ámbito europeo se hayan advertido las deficiencias de los mecanismos represores/compensatorios existentes. En este sentido, la autoridades europeas han manifestado un creciente interés en corregir las disfunciones que los remedios existentes en Europa han mostrado a la hora de detectar y hacer cesar las prácticas y compensar a los perjudicados¹⁴¹.

¹³⁸ Papel que destaca el TJUE en los casos acumulados C-240/98 a C-244/98, (Océano), tal y como recuerda ROTT, P., *op. cit.*, p. 67.

¹³⁹ EMPARANZA SOBEJANO, A., «Competencia desleal y protección de los consumidores», en Miranda Serrano, L. M., Costas Comesaña, J., (dirs.), *Derecho de la competencia, desafíos y cuestiones de actualidad*, Marcial Pons, 2018, p. 98.

¹⁴⁰ En este sentido, reenviamos a nuestros trabajos MARTÍ MOYA, V., «El modelo anglosajón y el *public enforcement*», cit., y MARTÍ MOYA, V., «El *piecemeal approach* de la tutela pública del consumidor contra prácticas desleales en España frente al modelo italiano», cit., en los que se da cuenta de las líneas prioritarias de actuación que cada año presenta la *Markets and Competition Authority*.

¹⁴¹ Esta preocupación de la Comisión queda plasmada en su Comunicación «Un nuevo marco para los consumidores», de 11 de abril de 2018, COM(2018)183 final, pp. 4 y ss.

El llamado *Dieselgate*, sobre la deficiente medición de las emisiones de partículas contaminantes que afectó a un elevado número de vehículos, que algunos cálculos estiman en 29 millones, ha puesto sobre la mesa las deficiencias de los mecanismos europeos para corregir este tipo de prácticas realizadas en masa. Puede leerse una reciente resolución del Parlamento Europeo, de 18 de marzo de 2019, al respecto, en http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0329_EN.html

En este contexto se enmarcan los recientes esfuerzos por mejorar la protección de los intereses económicos de los consumidores llevados a cabo por las instituciones europeas, y que ha desembocado, entre otros, en la revisión del Reglamento sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores y en la adopción del Nuevo Marco para los consumidores¹⁴². En este sentido, el Programa de consumidores 2014-2020 se considera, así, un coadyuvante en la consecución de un mercado único digital conectado, dentro del cual se individualizan como objetivos dos aspiraciones concretas directamente relacionadas con la materia que aquí nos ocupa; unas vías de reclamación más eficientes y accesibles y la mejora de la aplicación de los derechos de los consumidores.

En el marco de esta última, ha de destacarse el impulso que se está intentando dar desde la Comisión Europea a la Red de Cooperación para la Protección de los Consumidores, uno de cuyos objetivos es, precisamente, mejorar su capacidad para hacer frente a los nuevos desafíos del mercado digital¹⁴³. Este programa de trabajo se propone establecer sanciones más efectivas, especialmente para infracciones de efectos masivos, dando absoluta prioridad a los problemas de *enforcement*¹⁴⁴.

Además de los problemas señalados que están en la base de la precariedad de la tutela del consumidor, y que son comunes a todos los Estados miembros, nuestro país adolece de circunstancias propias que los acentúan. Nuestro especial sistema constitucional de reparto competencial, así como las tradicionales demandas de autonomía de determinadas regiones, plantean una fragmentación operativa que lastra la eficacia de un sistema que ha de salvaguardar la competencia leal en el mercado, asegurando, con ello, la protección del consumidor¹⁴⁵.

¹⁴² Vid. el documento «The New Deal for Consumers. How can Public Authorities boost consumer protection?», disponible en <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Improved%20public%20enforcement%20with%20updated%20rules.pdf> y el comunicado de prensa en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3041_es.htm. De interés, asimismo, el reciente «Informe de la Comisión Europea de 7 de noviembre de 2019, relativo a la evaluación intermedia del Programa de Consumidores 2014-2020», SWD(2019) final.

¹⁴³ Red creada por el Reglamento 2006/2004, sustituido por el Reglamento 2017/2394, aplicable desde el 17 de enero de 2020.

¹⁴⁴ A juzgar por el notable incremento del apoyo financiero a las entidades nacionales de protección del consumidor anunciado por la Comisión en el nuevo pacto por los consumidores: «The “E-enforcement Academy” Project mobilises EUR 1.75 million for the national consumer protection authorities and the national consumer-product safety authorities». <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Improved%20public%20enforcement%20with%20updated%20rules.pdf>

¹⁴⁵ Reenviando en este punto a la doctrina constitucionalista, *vid.*, para una primera aproximación, ESCRIBANO COLLADO, P., «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de consumo. La posición de las Corporaciones Locales», en Font Galán-López Menudo (coord.), *Curso sobre el nuevo derecho del consumidor*, 1990, p. 310.

Es necesario abordar una profunda reflexión sobre los ámbitos de actuación del Estado en materia de unidad y protección del mercado que permita unificar y reforzar, de uno u otro modo, la lucha contra la deslealtad en el mercado, mejorando, con ello, las condiciones de consumo. A nuestro juicio, ello permite abrir un debate, que no podemos sino apuntar aquí, en torno a dos vías: bien el aumento de competencias sancionadoras y de ámbitos de actuación a una red de autoridades nacionales y autonómicas de consumo, que hasta el momento se ha mostrado ineficiente, o, lo que a nuestro sería más deseable, integrar esta labor en la eficiente y operativa autoridad nacional de los mercados y la competencia, al hilo de modelos cercanos como el italiano o el británico¹⁴⁶.

4.4 NUEVAS TENDENCIAS EN LA MEJORA DE LAS VÍAS DE RECLAMACIÓN. LA RESOLUCIÓN DE LITIGIOS EN LÍNEA

En este plan de mejora de los derechos de los consumidores cobra un interés particular el acceso a vías de reclamación sencillas, eficientes, apropiadas y de bajo coste. En este sentido, la resolución alternativa de conflictos ha querido verse, quizás, como una especie de panacea capaz soliviantar la precaria posición del consumidor frente al sistema judicial tradicional, a la vez que como elemento facilitador de un mercado único verdaderamente integrado¹⁴⁷. En efecto, durante los últimos años se ha venido poniendo el foco europeo sobre el fomento del arbitraje y la mediación, como vías rápidas, seguras y sin coste añadido de resolución de conflictos, a fin de incrementar la confianza del consumidor europeo hacia los operadores *online* esta-

¹⁴⁶ Aunque no se trate de uno de los debates estrella para la doctrina dedicada al Derecho de la competencia, eclipsado quizás por la novedosa aplicación privada del Derecho antitrust, sí puede decirse que las tesis aquí defendidas han tenido un cierto protagonismo en determinadas propuestas políticas, tal y como puede verse en <http://www.psoe.es/propuestas/consumidores-con-mas-derechos/>: Creación de la Comisión Nacional de los Mercados, la Competencia y el Consumo (CNMCC) que unifique las competencias en materia de defensa de la competencia y de la protección de los consumidores, al menos en lo que respecta al ámbito de la competencia desleal y sin perjuicio de las competencias de las comunidades autónomas en materia de consumo.

¹⁴⁷ Digna de mención en este proceso de fomento de la resolución alternativa de conflictos, por ser el primer texto legal europeo en regular la resolución de litigios sin intervención judicial, es la Directiva 2008/52 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, cuya transposición en España dio origen a la Ley 5/2012, difusamente comentada por la doctrina. Por todos, BOLDÓ RODA, C. (Dir.), *La mediación en asuntos mercantiles*, Tirant lo Blanch, 2015.

Esta ley excluía expresamente de su ámbito de aplicación, precisamente, la materia de consumo. Pues bien, tras la aprobación de la Ley 7/2017 de mediación en materia de consumo dicha exclusión expresa deviene innecesaria (*lex specialis derogat generali*), y se procede a su supresión del artículo 2.

blecidos en otros Estados miembros y fomentar, con ello, el comercio transfronterizo ¹⁴⁸.

En este contexto, pues, se pueden situar tanto la Directiva 2013/11, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, como el Reglamento 524/2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo, iniciativas que reflejan el empeño de la Comisión por completar el conjunto de instrumentos de la UE para la garantía del cumplimiento y lograr que el Derecho en materia de consumidores alcance todo su potencial ¹⁴⁹.

La Directiva, transpuesta en nuestro país con más de dos años de retraso por la Ley 7/2017 ¹⁵⁰, tiene por cometido crear una estructura de entidades de resolución de litigios con certificado de calidad, para lo que han de cumplir con los requisitos o principios de accesibilidad y transparencia de la propia entidad, conocimientos especializados de los sujetos encargados de la resolución y eficacia, libertad y equidad del procedimiento. Estas entidades acreditadas, de las que naturalmente quedan excluidos los servicios de atención o reclamaciones gestionados por los empresarios, pasan a formar parte de listados nacionales gestionados por las autoridades competentes ¹⁵¹. Esta ley, a la estela de la Directiva, no regula ni desarrolla los procedimientos de resolución alternativa de litigios, sino que se limita a establecer los requisitos que buscan la armonización de la calidad de las entidades de resolución alternativa a las que pueden recurrir los consumidores y los empresarios para la solución de sus litigios ¹⁵².

Y sobre la base de esta estructura, el Reglamento crea posteriormente la plataforma europea de resolución de litigios en línea que, a efectos de la materia que nos ocupa, adquiere especial interés ¹⁵³. Sin entrar en detalle sobre la

¹⁴⁸ Vid., sobre estas preocupaciones, que están en el origen del impulso a los instrumentos de resolución alternativa de conflictos, ya tempranamente, la Resolución del Consejo de la CEE de 25 de junio de 1987, sobre el acceso de los consumidores a la justicia (87/C 176/02), y el Libro Verde sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único, de 16 de noviembre de 1993 [COM(93) 576 final], o la Comunicación «Plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior» (COM (96)13 final), de 14 de febrero de 1996.

¹⁴⁹ Son palabras de la propia Comisión en su Informe de 25 de septiembre de 2019 «Sobre la aplicación de la Directiva 2013/11 y del Reglamento 524/2013», COM(2019) final.

¹⁵⁰ En nuestro país la autoridad competente para conocer de estas acreditaciones es, con carácter general, la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición, con excepción del sector financiero y del transporte aéreo. Al respecto, ESTEBAN DE LA ROSA, F., «El sistema español de resolución alternativa de litigios de consumo y la nueva Ley 7/2017, de 2 de noviembre», en: Esteban de la Rosa (Dir.), *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del Derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en línea (ODR)*, Pamplona, Aranzadi, 2018.

¹⁵¹ En 2019, España ha notificado la existencia de 22 entidades acreditadas, según el Informe de la Comisión Europea de 25 de septiembre de 2019, ya citado.

¹⁵² Exposición de motivos.

¹⁵³ Plataforma a la que se accede desde el portal de la Comisión Europea <https://ec.europa.eu/consumers/odr>

gestación de esta norma¹⁵⁴, hay que decir que es la Comisión Europea la encargada de la gestión y el funcionamiento de esta plataforma, tarea para la que ha de apoyarse en el Reglamento de ejecución 2015/1051¹⁵⁵. No obstante, aunque la gestión técnica se atribuya a la Comisión Europea, y dado que se requiere de una conexión directa con el consumidor, se articula sobre la base de los llamados puntos de contacto en cada uno de los Estados miembros, que han de prestar apoyo en la tramitación de las reclamaciones.

Respecto de su ámbito de aplicación, éste se limita a las relaciones entre empresario y consumidor (*Business to Consumers* o B2C, en la terminología inglesa más extendida), en litigios que versen sobre obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios, siendo necesario que este contrato se haya celebrado en línea (art. 2.1 Reglamento)¹⁵⁶. Si atendemos a la definición de contrato de compraventa o de prestación de servicios celebrados en línea, observamos que será tal todo aquél «en el que el comerciante o su intermediario haya ofrecido mercancías o servicios a través de un sitio de internet o por otros medios electrónicos y el consumidor haya encargado dichas mercancías o servicios en dicho sitio de internet o por otros medios electrónicos».

Ha de entenderse, por tanto, que no es necesario que el contrato se haya llegado a perfeccionar. Bastaría, para acceder a las posibilidades ofrecidas por la plataforma, con que exista una oferta *online* y una correspondiente solicitud por parte del consumidor, aunque éste no haya podido culminar el proceso de contratación debido, por ejemplo, a una determinada práctica de *geoblocking*.

Cabe destacar el esfuerzo por dotar de difusión a este instrumento mediante, por una parte, la obligación de que todo operador en el mercado *online* facilite el enlace a esta plataforma¹⁵⁷, y, por otra, por el hecho de que para obtener la acreditación las entidades de resolución alternativa deben garantizar que el coste de los procedimientos que gestionen debe ser gratuito para el consumidor (art. 11). La Directiva nada establece respecto al coste de estos proce-

¹⁵⁴ Sobre sus orígenes puede verse, ampliamente, VALBUENA GONZÁLEZ, F., «La plataforma europea de resolución de litigios en línea (ODR) en materia de consumo», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 52, 2015, pp. 991 y ss.

¹⁵⁵ Reglamento 2015/1051, sobre las modalidades para el ejercicio de las funciones de la plataforma de resolución de litigios en línea, sobre las modalidades del impreso electrónico de reclamación y sobre las modalidades de cooperación entre los puntos de contacto previstos en el Reglamento (UE) núm. 524/2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo.

¹⁵⁶ Sobre la tramitación en línea del procedimiento de resolución del litigio se reenvía a VALBUENA GONZÁLEZ, F., *op. cit.*, pp. 1007 y ss.

¹⁵⁷ Obligación impuesta en el artículo 40 de la Ley 7/2017 (y no en el 41, como indica su Disposición Adicional quinta), lo que implica también la modificación del artículo 21 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

dimientos para el empresario, no incluyéndose tampoco en la ley ninguna cantidad mínima o máxima que deba soportar este colectivo. Se deja, en este campo, total libertad para fijar esta cuantía a las entidades de resolución alternativa acreditadas ¹⁵⁸.

Sin duda, del grado de difusión y publicidad que se dé a esta plataforma dependerá que se alcance un modelo eficaz de resolución de conflictos transfronterizos, o que se quede en una herramienta de alto coste e infrutilizada ¹⁵⁹. Y su éxito o fracaso está estrechamente ligado con el grado de compromiso de los responsables públicos nacionales con la labor de pedagogía y publicidad, necesaria para enfrentarse al gran problema del desconocimiento por parte del consumidor de sus derechos y de cómo ejercerlos ¹⁶⁰.

En definitiva, es posible que en el medio plazo se observe la utilización de esta plataforma para interponer reclamaciones contra las prácticas de *geoblocking*, lo que puede servir a la propia Comisión de indicador para medir la eficacia de las medidas adoptadas contra las mismas. En cualquier caso, la puesta en marcha de herramientas de resolución de conflictos, por cuanto loable, no puede servir para ocultar ni validar la ineficacia de los instrumentos privados existentes en nuestro país. Es por ello que el legislador no debe ampararse en éstas para eludir el debate sobre la eficaz detección y represión de las prácticas desleales cualificadas, entre las que se encuentra la materia objeto de este estudio.

¹⁵⁸ Exposición de motivos.

¹⁵⁹ Autores especialmente optimistas consideran que las técnicas de resolución *online* de conflictos pueden ser la piedra angular sobre la que asegurar la eficacia de la protección del consumidor en la UE, BARRAL-VIÑALS, I., «E-consumers and effective protection: the online dispute resolution system», en Devenney-Kenny (ed.), *European Consumer Protection*, Cambridge University Press, 2012.

¹⁶⁰ La propia ley establece como uno de sus objetivos (art. 1.2) «Garantizar el conocimiento por los consumidores de la existencia de entidades de resolución alternativa de litigios de consumo acreditadas, mediante el establecimiento de la obligación de información de los empresarios y la actuación de las Administraciones Públicas competentes».

5. ESPECIAL REFERENCIA AL *GEOBLOCKING* DE SERVICIOS DE CONTENIDO DIGITAL

5.1 CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS GENERALES

Cuando se hace referencia al mercado en línea de contenidos digitales nos referimos al comercio de cualquier tipo de datos o información en forma digital, es decir, almacenada en formato electrónico (en códigos de bits y bites), y que se puede copiar, transmitir y utilizar mediante redes de telecomunicación, es decir, es consumible de forma *online* sin necesidad de tener forma tangible. Hoy en día, prácticamente cualquier información puede pasar a tener forma digital: imágenes, vídeos, audios, textos, software, aplicaciones, videojuegos, etc.

Al igual que el comercio *online* de bienes, la distribución de contenidos en línea está caracterizada por dos circunstancias fácticas clave, una fuerte expansión y una elevada fragmentación ¹⁶¹ debida a la generalizada utilización de medidas de *geoblocking*, lo que produce graves disfunciones para la verdadera integración del mercado único, así como numerosos efectos perniciosos para los consumidores europeos ¹⁶².

¹⁶¹ Como ponen de manifiesto numerosos documentos de la Comisión Europea, como la Comunicación «Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor», de 9 de diciembre de 2015, o el Informe preliminar sobre el *e-commerce*, citado. Algunas de las cifras barajadas muestran que «sobre una muestra de 50 películas europeas con seis proveedores en línea de siete Estados miembros, la disponibilidad media resultó ser de solo el 19%, que más de la mitad (53 %) de los que dijeron haber intentado acceder a contenidos digitales de otro Estado miembro manifestaron haberlo hecho por estar buscando contenidos no disponibles en su propio país y aproximadamente la misma cifra (56 %) manifiesta haber experimentado problemas al intentarlo». Al respecto, también, LAPENTA, G., «Vers un marché unique numérique: Geoblocage et portabilité transfrontière des services de contenu en ligne dans l'UE», *European Journal of Legal Studies*, núm. 9, 2017.

¹⁶² Documento de trabajo de la Comisión «Geo-blocking practices in e-commerce. Issues paper presenting initial findings of the e-commerce sector inquiry conducted by the General-Directorate for Competition», de 18 de marzo de 2016, SWD(2016) 70 final.

De entre los graves problemas de funcionamiento de este mercado, recientemente se ha puesto el acento sobre dos de ellos. Por un lado, la falta de acceso transfronterizo a contenidos digitales y, por otra, la falta de portabilidad de contenidos contratados en el país de residencia¹⁶³.

En el primer supuesto, existe discriminación entre consumidores cuando a un consumidor se le impide acceder a contenidos digitales ofrecidos en otros Estados. Los motivos que pueden determinar la búsqueda de contenidos fuera del país de origen son varios, pudiendo señalar la heterogeneidad de contenidos, de condiciones, de precio o incluso de idioma en que estos contenidos digitales son ofertados en los distintos Estados de la UE, como los más habituales¹⁶⁴. Dada la configuración actual de este mercado, no resulta extraño que contenidos accesibles en un Estado no estén disponibles en otro, lo que puede, razonablemente, motivar al consumidor a realizar una búsqueda transfronteriza.

En cualquiera de estos casos, el *geoblocking* es utilizado para «forzar» al usuario a utilizar el servicio prestado en su lugar de residencia sin poder optar por el servicio ofrecido en otro Estado miembro, es decir, para denegar el *acceso transfronterizo a dichos contenidos*.

El segundo fenómeno mencionado, y al que los consumidores europeos se han enfrentado en los últimos años, es la falta de *portabilidad transfronteriza de contenidos*. Este problema, relacionado con el anterior, pero con diferencias significativas, hace referencia a la imposibilidad de disfrutar de las suscripciones de ciertos contenidos digitales fuera del país de contratación. Esto es, restringiendo la portabilidad se impide al consumidor disfrutar de los servicios digitales a los que está suscrito (plataformas de contenido a demanda o de entretenimiento, como Netflix o Spotify, fundamentalmente) cuando se desplaza temporalmente en el seno de la UE.

El rechazo a estas conductas se ha venido acentuando en los últimos años, debido a la confluencia de varios factores socioculturales. Por una parte, la mayor movilidad de los ciudadanos europeos, fomentada desde las instituciones en contextos académicos y desde edades tempranas¹⁶⁵. Por otro lado, a

¹⁶³ Todo ello es motivo de gran preocupación para las Instituciones que señalan, como ejemplo, el hecho de que las obras audiovisuales de la UE sólo constituyen una tercera parte de las obras a disposición de los consumidores en las plataformas de digitales de contenidos a la carta, y esa carencia en la oferta se debe, en gran medida, a la complejidad del proceso de adquisición de derechos. Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva sobre derechos de autor en el mercado único digital, p. 3.

¹⁶⁴ El eurobarómetro 411 de 2015 señalaba, asimismo, otras causas como la búsqueda de contenidos específicos no disponibles en el propio país, una mejor calidad del servicio o provenir o haber vivido en otro Estado.

¹⁶⁵ Existen programas de movilidad en prácticamente todas las fases y ciclos formativos, desde la educación primaria hasta la superior, y todos ellos están agrupados bajo el Programa marco Erasmus+ de la Comisión Europea. https://ec.europa.eu/programmes/erasmus-plus/about_es

la cada vez más frecuente circulación de trabajadores al amparo de la libertad prevista en los Tratados, que se ha visto acentuada con la crisis económica. Todo ello, junto a un cada vez más generalizado conocimiento de idiomas¹⁶⁶, ha implicado una mayor conciencia y niveles de exigencia más altos por parte del consumidor que demanda cada vez más «servicios o paquetes europeos».

A todos estos factores, que pueden considerarse relativamente nuevos, ha de añadirse la peculiaridad que supone la existencia de minorías idiomáticas presentes en algunos Estados miembros cuya lengua es mayoritaria en otro Estado miembro, a cuyos servicios de cultura y entretenimiento desearían acceder.

En este contexto, y ante el desafío de las nuevas demandas de los consumidores, hay que considerar, además un ulterior factor relevante. A la hora de abordar cualquier iniciativa legislativa relacionada con servicios ligados a la cultura y el entretenimiento, como la música, el cine o la televisión, ha de tenerse en cuenta que la compartimentación del mercado en estos sectores produce unos efectos negativos especialmente dañinos. Si bien es cierto que estos efectos pueden ser considerados materia de estudio más propia de la sociología que de la ciencia jurídica, no podemos por ello dejar de señalar algunos de los más graves.

En efecto, la compartimentación del mercado de servicios, especialmente en lo que respecta a la cultura y el entretenimiento, añade trabas especialmente innecesarias a la ya dificultosa tarea de aproximar la Unión Europea a los ciudadanos y de crear una conciencia de ciudadanía europea. No es casualidad que el europeo medio tenga mayor conocimiento del *American way of life* (del Día de Acción de Gracias o de *Halloween*), que de las tradiciones o usos alemanes, italianos o franceses.

Y ese conocimiento no ha sido transmitido, en la mayoría de los casos, mediante experiencias personales sino como consecuencia de una mayor exposición a través de los medios de comunicación, o más en general, de la industria de la cultura y del entretenimiento. Las trabas a la creación de una industria verdaderamente paneuropea erosiona, indirecta pero indudablemente, la propia fuerza de la Unión Europea¹⁶⁷.

¹⁶⁶ MAZZIOTTI, G., SIMONCELLI, F., «Another breach in the Wall: copyright territoriality in Europe and its progressive erosion on the grounds of competition law», *Digital Policy, Regulation and Governance*, vol. 18, núm. 6, 2016, p. 57.

¹⁶⁷ Las Instituciones han tomado conciencia de ello y han instado una política legislativa dirigida a paliar este déficit, por ejemplo, a través de la Directiva 2010/13, de Servicios de Comunicación Audiovisual, en vías de modificación, que incorpora una reserva de un 20 % del catálogo de estos servicios a obras europeas.

Como decíamos, las consecuencias de estos problemas trascienden del ámbito del Derecho privado que estudia los obstáculos al Mercado Único, pero sus soluciones han de ser abordadas, sin duda, también desde esta disciplina. No es baladí, en este sentido, que la intensidad de la labor legislativa en esta materia por parte de la Comisión ha ido en aumento, como veremos.

Aunque son muchas las iniciativas legales emprendidas por esta Institución en los últimos años, es destacable que ya en la década de los noventa la Directiva 93/83, sobre coordinación de los derechos de autor y derechos afines en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y por cable, previese medidas para paliar la fragmentación de este mercado. En efecto, esta pionera directiva permitía a los organismos de radiodifusión adquirir los derechos únicamente en un Estado miembro para la transmisión de contenidos por satélite en virtud del llamado principio del país de origen, por virtud del cual la comunicación al público se entiende realizada únicamente en éste, aunque sea recibida fuera del mismo.

Sin embargo, esta directiva no se aplica para las retransmisiones en línea de los organismos de radiodifusión. Con los avances producidos en la distribución de los programas de televisión y radio mediante transmisiones en línea, esta diferencia de tratamiento era difícilmente justificable, y para solventarla la Comisión aprobó una Propuesta de Reglamento¹⁶⁸.

Este texto, reconvertido en Directiva¹⁶⁹, incorpora el principio del país de origen, por el cual se entiende que los actos de comunicación al público que se producen cuando se presta un servicio accesorio en línea se han producido únicamente en el Estado en el que el organismo tiene su establecimiento principal.

Sin poder profundizar en el contenido de ambos textos, sirva su breve exposición para mostrar que son muchos los frentes desde los que la fragmentación del mercado de contenidos en línea puede ser abordada desde la perspectiva normativa u ordenadora. En el presente trabajo, no obstante, nos centraremos, únicamente, en el análisis de la legislación de carácter transversal. Esto es, la normativa sobre los derechos de autor, por un lado, y la normativa sobre la portabilidad de contenidos en línea, por otro. Por último, analizaremos también la problemática desde la perspectiva correctora *ex post*, que se lleva a cabo, fundamentalmente, mediante el Derecho de la competencia.

¹⁶⁸ COM/2016/0594 final - 2016/0284 (COD)

¹⁶⁹ Directiva 2019/789, de 17 de abril de 2019, por la que se establecen normas sobre el ejercicio de los derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, y por la que se modifica la Directiva 93/83/CEE.

5.1.1 La investigación sectorial sobre el comercio electrónico de contenidos digitales

Firmemente comprometida con el correcto funcionamiento del mercado digital, además de impulsar los cambios regulatorios apenas citados, la Comisión lanzó en mayo de 2015 una investigación sectorial a fin de determinar las razones del escaso desarrollo del comercio electrónico transfronterizo. Esta iniciativa, enmarcada en la Estrategia para el Mercado único digital, abordaba de forma diferenciada el comercio electrónico de bienes, por un lado, y de contenidos digitales por otro, dadas las especificidades de este último ámbito ligadas a la protección de estos contenidos por derechos de autor.

Los resultados de la ambiciosa consulta, dirigida a un elevado número muy representativo de operadores europeos, se publicaron en septiembre de 2016 en un extenso documento de trabajo titulado «Informe preliminar sobre la investigación sectorial en el comercio electrónico»¹⁷⁰, al que siguió una consulta pública y un Informe final de contenido mucho más modesto¹⁷¹.

Ciñendo nuestro estudio a los problemas de circulación de los bienes y servicios de contenido digital, conviene realizar alguna reflexión respecto de los problemas detectados por la Comisión durante la investigación y sobre las líneas de actuación futuras tímidamente apuntadas.

El informe tenía por objetivo analizar en profundidad la estructura y funcionamiento del mercado a través de cuestionarios enviados a un gran número de operadores, entre los que se encuentran emisores públicos y privados, operadores de audiovisuales que actúan exclusiva o parcialmente en el mercado *online*, operadores de telefonía fija, por cable y móvil, operadores de portales y tv *online* o editores, y analiza todos los eslabones de la cadena de la comercialización de contenidos de diversas categorías, entre otros, deportivos, de ficción, musicales, de entretenimiento infantil o informativos.

Se constata en el mismo, entre otros, la progresiva prevalencia del mercado digital para la comercialización de toda clase de contenidos, si bien, este avance es mayor, por ejemplo, en contenidos musicales que son consumidos fundamentalmente a través de dispositivos electrónicos, o que la forma más

¹⁷⁰ De fecha 15 de septiembre de 2016, SWD(2016) 312 final, del que importa a nuestros fines en esta sede, únicamente, su parte segunda, dedicada al comercio de contenidos digitales, pp. 186 y ss. Un comentario sobre las conclusiones de este informe en materia de comercio electrónico de bienes puede verse en MARTÍ MOYA, V., «El Mercado único digital y las restricciones a la competencia en el comercio *online* de bienes», *ADI*, núm. 37, 2016/2017.

¹⁷¹ Informe final de la investigación sectorial sobre el comercio electrónico, de fecha 10 de mayo de 2017, COM(2017) 229 final.

extendida de acceder a contenidos digitales, en general, es el *streaming* que supera a la descarga.

Pero, sobre todo, se constata una notable fragmentación de este mercado, debida a su construcción sobre la base de contratos de licencia de ámbito, fundamentalmente, nacional. Este modelo de compartimentación a través de licencias nacionales, en palabras de los propios operadores, es el que permite obtener un mayor rendimiento económico porque maximiza los ingresos, en contraposición a los modelos de licencias paneuropeas¹⁷². De hecho, el informe pone de relieve que son los contenidos antiguos, o no *premium*, es decir, aquellos que generan menores ingresos, son los únicos que manifiestan una tímida, pero mayor tendencia a la licencia plurinacional o incluso paneuropea.

Junto al carácter fundamentalmente nacional de las licencias otorgadas con carácter general en este mercado, el informe evidencia, asimismo, la proliferación de licencias exclusivas, de nuevo, circunscritas a los mercados nacionales¹⁷³. Es decir, cuando la licencia es concedida para el territorio de un sólo Estado miembro suele ser habitual que lo sea con carácter exclusivo. Por el contrario, las licencias de ámbito paneuropeas suelen carecer de exclusividad.

La existencia de este «entramado» de licencias de ámbito nacional y además exclusivas actuaría, así, a modo de tela de araña, lo que dificulta e incluso impide a los proveedores de contenidos digitales, fundamentalmente los de menor tamaño, penetrar en mercados en los que aún no son activos. Ello es agravado por el hecho de que los contratos de licencias suelen ser de larga duración y, además, contener diversas cláusulas de renovación o renegociación con el fin de prolongarlos¹⁷⁴.

Todo ello tiene un coste especialmente grave en mercados caracterizados por elevadas dosis de dinamismo, basado en el talento y escaso coste económico, lo que permite ser liderado por pequeñas o medianas empresas. Si los mercados permanecen cautivos, el riesgo para la innovación deviene excesivamente alto.

¹⁷² Informe preliminar, cit., p. 219.

¹⁷³ El informe evidencia diferencias en el ámbito territorial de las licencias dependiendo del tipo de contenido. Por ejemplo, la mayor parte de contratos de licencia de contenidos deportivos aportados por los operadores cubre únicamente el territorio de un Estado miembro (un 60%), mientras que sólo el 8% tiene un alcance paneuropeo. Cifras similares arrojan los contratos de licencia de contenidos Premium (ficción y televisión infantil), sector en que el ámbito nacional es el establecido en el 30% de los contratos, y el 52% cubre un territorio de dos a cuatro Estados, pp. 221 y 222. Ello es debido a la agrupación natural por «zonas lingüísticas» a efectos de conceder licencias, habiendo determinado la Comisión Europea la existencia de, al menos, cinco: Francia y las áreas francófonas de Bélgica y Luxemburgo, Reino Unido e Irlanda, Alemania y Austria, los Estados nórdicos y la República Checa y Eslovaquia.

¹⁷⁴ El informe habla de *rights of first refusal*, *right of first negotiation*, *right to match an offer* or *automatic renewal clauses*.

Para finalizar con este breve retrato del mercado descrito por la Comisión, se ha de hacer referencia a la proliferación de técnicas de *geoblocking*, impuestas por los titulares de los derechos para asegurar el respeto por parte de los adquirentes de los límites territoriales impuestos¹⁷⁵. En este sentido, el recurso a dichas técnicas es desigual entre los Estados miembros, estando más presentes en los mercados español, holandés, británico o danés.

Por otro lado, estas técnicas también tienen desigual presencia por sectores y por tipo de operador, por ejemplo, los operadores de cable manifiestan utilizarlas en menor medida debido, seguramente, a que los suscriptores suelen necesitar estar conectados físicamente a la red de cable para recibir el servicio. En cualquier caso, la gran difusión de estas técnicas para la práctica totalidad de contenidos y de tipo de proveedor analizados es indiscutible y, a la vez, preocupante.

En cuanto a la tipología de medidas de *geoblocking* utilizadas, especialmente alarmantes son aquellas que afectan a la posibilidad del usuario de acceder al servicio contratado desde distintos territorios, lo que ha venido a llamarse la portabilidad, y que resulta utilizada por el 55% de los operadores encuestados.

5.2 EL MARCO JURÍDICO DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y EL MERCADO ÚNICO. MODERNIZACIÓN Y ADAPTACIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR AL MERCADO DIGITAL

Como es sabido, la naturaleza jurídica de la mayoría de los contenidos digitales comercializados *online* les hace meritorios de una especial tutela, ya sea a través de los derechos de autor u otros derechos afines. Tal y como pone de relieve la Comisión en su informe, esta peculiaridad dota al mercado de contenidos digitales de unas especiales características que justifican su tratamiento diferenciado.

En efecto, las diferencias entre el régimen jurídico de los derechos de autor, que protegen las creaciones intelectuales, y el régimen jurídico de las creaciones industriales tangibles, protegidas por los derechos de marca y patente, resulta, a nuestros efectos, especialmente determinante. Mucho menos

¹⁷⁵ Según el Informe de la Comisión, del conjunto de contratos analizados un 83% contiene algún tipo de medida de *geoblocking*, y un 74% incluye algún tipo de medida de supervisión, como facultar al licenciante para auditar su implementación o informarle periódicamente sobre su uso. Por otro lado, un 63% de los contratos analizados contienen, asimismo, cláusulas sancionatorias y/o compensatorias en caso de incumplimiento con las obligaciones de *geoblocking* impuestas. *Vid.* Informe, cit., pp. 242, 244 y 247.

rico en elementos pro mercantilistas, y a diferencia de estos últimos, el derecho de autor no ha generado «anticuerpos» poderosos para mitigar la fuerte connotación territorial común a todos ellos ¹⁷⁶.

En efecto, los derechos de autor están basados sobre el principio de territorialidad, y su explotación es articulada, como hemos visto, fundamentalmente a través de licencias que suelen reproducir las áreas de exclusividad territorial nacionales, por lo que es difícil encontrar en la práctica licencias puramente paneuropeas ¹⁷⁷.

Y es dicha protección territorial concedida por los derechos de propiedad intelectual, junto con la tradicional configuración de sus formas de explotación, lo que ha permitido una compartimentación del Mercado europeo digital en colisión con las libertades fundamentales establecidas en los Tratados. Sin representación material y ajenos, por tanto, y con carácter general, al principio de agotamiento, una explotación comercial de estos derechos configurada sobre una base nacional puede erigirse en evidente obstáculo al comercio electrónico transfronterizo.

Este principio de territorialidad no implica más que los derechos exclusivos que otorga son adquiridos y ejercibles sobre la base territorial del estado que los concede según su ley nacional. Pero de ello deriva que diferentes entidades pueden ostentar el derecho de autor en cada uno de los Estados miembros, lo que habitualmente lleva a una fragmentación mediante exclusivas de explotación territorial. Por ello, no es el carácter territorial con que se otorgan los derechos lo que determina la fragmentación del mercado, sino la forma en que su titular decide libremente explotarlos.

Ello despliega sobre el mercado único un impacto negativo que ha preocupado especialmente a la doctrina y las Instituciones europeas en los últimos años, y que se refleja sobre los dos problemas ya citados, el acceso transfronterizo a contenidos digitales y su portabilidad ¹⁷⁸.

Pues bien, a diferencia de cuanto ocurre con los bienes tangibles protegidos por derechos de propiedad industrial, en que el derecho del titular se agota

¹⁷⁶ La institución concebida para atemperar los efectos fragmentadores del principio de territorialidad por excelencia es el agotamiento, inexistente, con carácter general, en los derechos de autor, y sobre el que volveremos.

¹⁷⁷ Como señala HOFFMAN, J., *op. cit.*, pp. 149 y ss., la Comunicación de la Comisión «Un mercado único para los Derechos de Propiedad Intelectual» de 2011, COM (2011) 287 final, puso de manifiesto que el coste de obtener licencias de copyright para los 27 Estados miembros durante veinte años rondaba los 200.000 euros, a lo que ha de añadirse el coste de la gestión de dichos derechos en 27 regímenes legales distintos. Estas diferencias de regulación frenan, sin duda, a su vez, la expansión de las compañías presentes en algún Estado miembro hacia el negocio transfronterizo de contenidos digitales.

¹⁷⁸ MAZZIOTTI, G., SIMONCELLI, F., «Another breach in the Wall: copyright territoriality in Europe and its progressive erosion on the grounds of competition law», *cit.*, p. 57.

con la puesta en circulación del bien en el EEA, la legislación no ha mitigado hasta el momento, al menos con rotundidad, los graves efectos de compartimentación derivados de la explotación sobre base nacional de los derechos de autor a través de un equivalente agotamiento de los mismos¹⁷⁹.

No obstante, las instituciones europeas, en el marco de la ya abundantemente citada Agenda para el Mercado único digital, sí han dado muestras de un firme (aunque progresivo) compromiso, de revertir este fraccionamiento desde diversos frentes. Así, al proceso de modernización y de adaptación de los derechos de autor al mercado digital que ha iniciado la Comisión Europea¹⁸⁰, ha de añadirse la utilización del Derecho de la competencia, tanto por parte de la Comisión como del TJUE, como catalizador en la erosión de la rigidez territorial que caracteriza este mercado.

Sin pretender detenernos en profundidad en el panorama normativo de los derechos de autor, por exceder con mucho los límites y objetivos del presente trabajo, nos centraremos especialmente en los aspectos de estos derechos que entran en conflicto con el mercado interior, esto es, su portabilidad y su agotamiento.

Como se ha manifestado anteriormente, es un hecho no controvertido que la naturaleza intrínsecamente abierta de internet ha generado en los consumidores la razonable expectativa de acceder a los contenidos digitales en cualquier momento y desde cualquier lugar, independientemente del lugar en que éstos se originen¹⁸¹. Ello choca, indudablemente, con el modo en que tradicionalmente se han explotado estos derechos y que, como decíamos, ha reforzado su ya inherente carácter territorial, normalmente de base nacional.

Ante este cambio de paradigma en los hábitos de consumo, cada vez más digitales, el legislador europeo no puede sino hacerse eco de esta creciente y razonable demanda social de verdadero acceso paneuropeo a los contenidos de

¹⁷⁹ Véase, al respecto, el paradigmático caso C-62/79, *Coditel v. CinÉVog Films*. *Vid.*, asimismo, MAZZIOTTI, G., SIMONELLI, F., *op. cit.*, p. 57.

¹⁸⁰ Véanse, fundamentalmente, la ya citada Comunicación «Un mercado único de los derechos de propiedad intelectual. Estimular la creatividad y la innovación para generar crecimiento económico, empleos de calidad y productos y servicios de excelencia en Europa», COM(2016) 593 final, de 14 de septiembre de 2016, o el Libro Verde sobre la distribución en línea de obras audiovisuales en la Unión Europea: oportunidades y problemas en el avance hacia un mercado único digital, COM(2011) 427 final, de 13 de julio de 2011.

¹⁸¹ A estas tendencias de consumo se refiere tanto el texto de la Propuesta de Reglamento por el que se garantiza la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior, COM (2015) 627, p. 2, como el documento de trabajo de la Comisión que acompaña dicha Propuesta [Impact Assessment, SWD(2015) 270 final], p. 66, al expresar cómo «La rápida asimilación de los servicios de contenidos en línea y el uso creciente de dispositivos portátiles, también a través de las fronteras, hacen que hoy día los europeos esperen poder utilizar los servicios de contenidos en línea desde el lugar de la Unión en que se encuentren».

la red. Esta demanda, no obstante, ha de conjugarse, necesariamente, con la necesaria protección de los autores y resto de intervinientes en la cadena de distribución de los contenidos digitales.

En efecto, el progresivo mayor interés del consumidor europeo por contenidos originados o disponibles en otros Estados, y las barreras erigidas para bloquear su acceso, independientemente de su voluntad de pagar por él, son factores que aumentan su predisposición a conseguirlo de forma no regular. Si no se articulan los canales legales de acceso transfronterizo que aseguren una remuneración al autor, se corre el riesgo de seguir dando pie para justificar ciertas conductas infractoras como la «única opción posible».

En efecto, el auge del *cybertravel* como fenómeno por el que los consumidores tratan de falsear la geolocalización de sus dispositivos con el fin de acceder, previo pago, a contenidos disponibles en otros Estados, muestra la voluntad cada vez más generalizada de remunerar el trabajo de creación cuando ello es materialmente posible¹⁸².

Como es sabido, el artículo 118 TFUE otorga competencia a las Instituciones europeas en el ámbito del establecimiento o del funcionamiento del mercado interior para crear títulos europeos que garanticen una protección uniforme de los derechos de propiedad intelectual e industrial (DPI) en la Unión. Sin embargo, en cuanto concierne a los títulos estatales de protección de la propiedad intelectual e industrial, la UE puede, únicamente, armonizar los regímenes nacionales a través de Directivas.

La Comisión Europea, que no ha permanecido ajena a estas demandas sociales, inició, afortunada aunque tardíamente, un proceso de reformas legislativas encaminadas a satisfacer, siquiera en parte, la necesidad de descompartimentar el mercado de los contenidos digitales, y tratar de acabar con la paradoja europea que parece hacer más difícil la circulación digital de los contenidos en la red que la circulación física transfronteriza de bienes y personas¹⁸³.

Una vez desechada la idea de crear un título europeo de copyright al amparo del artículo 118 TFUE, la Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital¹⁸⁴, cuya tortuosa génesis demuestra la complejidad de la

¹⁸² HOFFMAN, J., *op. cit.*, p. 153.

¹⁸³ Desde el otro lado del océano se observa con asombro esta dicotomía, como pone de manifiesto HOFFMAN J., *op. cit.*, p. 152, «*the dichotomy is particularly strong in the EU, where it can be easier to physically cross a border into another Member State than to access digital content from that State*».

¹⁸⁴ Directiva 2019/790, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE. Una primera votación en el Parlamento de la Propuesta de 14 de septiembre de 2016, COM(2016) 593 final, rechazó inicialmente el texto por 318 votos frente a 278 y 31 abstenciones. Tras una reformulación de su contenido y consiguiente renegociación, en fecha 26 de marzo de 2019, el Parlamento aprobó una resolución commi-

cuestión abordada, se ha convertido en el paradigma de este proceso que tiene por objetivo mejorar el acceso transfronterizo a servicios protegidos por derechos de autor, facilitar nuevos usos en la investigación y la educación, y aclarar el papel de los servicios en línea en la distribución de obras y otras prestaciones.

Aunque el resto de su contenido se ha visto fuertemente eclipsado por los conflictivos artículos 15 y 17, que tratan sobre el control de contenidos a fin de reforzar la posición de los autores y creadores, sobre todo ante los nuevos fenómenos de plataformas de distribución de vídeos (tales como YouTube o Dailymotion), la Directiva también persigue, como decíamos, otras finalidades. Por una parte, se pretende dar una mayor capacidad de elección y acceso a los contenidos en línea de forma transfronteriza, y, por otra, mejorar la normativa sobre derechos de autor en la educación, la investigación y el patrimonio cultural.

Centrándonos en las medidas de fomento de la circulación transfronteriza de las obras, la Directiva hace referencia únicamente a las medidas destinadas a facilitar el proceso de concesión de licencias y adquisición de derechos en los mercados de explotación audiovisual *online*, y al establecimiento de excepciones y limitaciones al derecho de reproducción, fundamentalmente, respecto de la minería de textos con fines de investigación científica, actividades pedagógicas digitales y de conservación del patrimonio cultural (arts. 3, 4, 5 y 6 fundamentalmente).

Respecto de los usos transfronterizos referidos exclusivamente a obras y otras prestaciones fuera del circuito comercial, el artículo 9 impone a los Estados miembros garantizar que «las licencias concedidas de conformidad con el artículo 8 puedan autorizar el uso de obras u otras prestaciones que están fuera del circuito comercial por una institución responsable del patrimonio cultural en cualquier Estado miembro», restringiendo el tenor de la anterior redacción contenida en la Propuesta y limitando, más si cabe, el alcance material de la disposición¹⁸⁵.

Por otra parte, la exposición de motivos establece que «la Comisión debe publicar un informe sobre el uso de esos mecanismos en la Unión y sus efectos en la concesión de licencias y los titulares de derechos, la difusión de contenidos culturales, la prestación transfronteriza de servicios en el sector de la ges-

nando a la modificación del texto en numerosos aspectos. *Vid.* http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0231_ES.html

¹⁸⁵ El artículo 8 de la Propuesta rezaba «Una institución de patrimonio cultural podrá utilizar las obras u otras prestaciones amparadas por una licencia concedida de conformidad con el artículo 7 de acuerdo con las condiciones de la licencia en todos los Estados miembros».

tión colectiva de los derechos de autor y derechos afines, así como sobre sus efectos en la competencia» (Considerando 50).

De gran importancia, a nuestros efectos, resultan los considerandos 51 y 52, según los cuales «Los servicios de vídeo a la carta pueden desempeñar un papel decisivo en la difusión de obras audiovisuales en toda la Unión. No obstante, la disponibilidad de tales obras, y en particular de las europeas, en servicios de vídeo a la carta sigue siendo limitada. Puede resultar difícil celebrar acuerdos sobre la explotación en línea de esas obras debido a problemas relacionados con la concesión de licencias de derechos. Tales problemas pueden surgir, por ejemplo, cuando el titular de los derechos para un territorio determinado tiene pocos incentivos económicos para explotar una obra en línea y no concede licencias o retiene los derechos para la explotación en línea, lo que puede conducir a que determinadas obras audiovisuales no estén disponibles en los servicios de vídeo a la carta. Otros problemas pueden estar relacionados con las ventanas de explotación.

Con el fin de facilitar la concesión de licencias de derechos sobre obras audiovisuales a los servicios de vídeo a la carta, se debe obligar a los Estados miembros a establecer un mecanismo de negociación que permita a las partes que deseen celebrar un acuerdo recurrir a la ayuda de un organismo imparcial o de uno o varios mediadores. Para ello, se ha de permitir a los Estados miembros crear un nuevo organismo o recurrir a uno ya existente que cumpla las condiciones establecidas por la presente Directiva. Los Estados miembros han de poder designar a uno o varios organismos competentes o mediadores. El organismo o los mediadores deben reunirse con las partes y ayudar en las negociaciones aportando asesoramiento profesional, imparcial y externo. Si una negociación implica a partes de distintos Estados miembros y esas partes deciden recurrir al mecanismo de negociación, esas partes deben ponerse de acuerdo de antemano sobre el Estado miembro competente.

El organismo o los mediadores podrían reunirse con las partes para facilitar el inicio de las negociaciones o bien durante las negociaciones con el fin de facilitar la celebración de un acuerdo. La participación en ese mecanismo de negociación y la posterior celebración de acuerdos deben ser voluntarias y no deben afectar a la libertad contractual de las partes. Los Estados miembros deben poder decidir libremente cuál ha de ser el funcionamiento concreto del mecanismo de negociación, incluyendo el calendario y duración de la asistencia a las negociaciones y el reparto de costes. Los Estados miembros deben velar por que las cargas administrativas y financieras sean proporcionadas a fin de garantizar la eficiencia del mecanismo de negociación. Sin estar obligados a ello, los Estados miembros deberían alentar el diálogo entre las entidades representativas».

En este sentido, el artículo 13 establece que «Los Estados miembros velarán por que las partes que se enfrenten a dificultades relacionadas con la concesión de licencias de derechos al tratar de concluir un acuerdo para poner a disposición obras audiovisuales en servicios de vídeo a la carta puedan contar con la asistencia de un organismo imparcial o de mediadores. El organismo imparcial establecido o designado por un Estado miembro a efectos del presente artículo y los mediadores prestarán asistencia a las partes en sus negociaciones y las ayudarán a alcanzar un acuerdo, para lo cual podrán también, en su caso, presentarles propuestas»¹⁸⁶.

El texto, como se ha visto, afronta tibiamente los verdaderos problemas de la fragmentación del mercado único¹⁸⁷, y no aborda la cuestión fundamental clave para la apertura del mercado digital de contenidos, esto es, el agotamiento, sino que procede a avanzar a través de un cúmulo de medidas de escaso alcance relativo.

Pero esta Directiva, con ser una de las más destacables, no es la única iniciativa legislativa emprendida en este proceso¹⁸⁸. Aunque, en nuestra opinión, ninguno de estos textos va a ser capaz de desfragmentar completamente el mercado de contenidos en línea para convertirlo en un mercado verdaderamente europeo, la sinergia generada por el incesante activismo normativo de las instituciones europeas, multiplica exponencialmente el efecto de cada una

¹⁸⁶ De nuevo se limita en el texto final el contenido de la Propuesta, cuyo artículo 10 no hacía mención a los mediadores. La mención a un «organismo independiente», y aunque no se mencione expresamente nos hace pensar en una institución pública no dependiente, ni orgánica ni financieramente, del sector al que debe asesorar. La introducción de mediadores mitiga el carácter de interés público de la finalidad que, a nuestro juicio, debe perseguir su actuación, esto es, el fomento de la licencia multiterritorial.

¹⁸⁷ Al respecto del mecanismo del «mecanismo de negociación para garantizar el acceso y disponibilidad de obras audiovisuales en plataformas de vídeo a la carta» se manifiestan SÁNCHEZ ARISTI, R., OYARZABAL OYONARTE, N., «La Directiva (UE) 2019/790, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el Mercado Único Digital», *La Ley mercantil*, núm. 60, 2019, pp. 12/55 y ss., en los siguientes términos: «Se diría, por tanto, que el legislador comunitario se lamenta de que los titulares utilicen su *ius prohibendi* para no dar licencias a los servicios de vídeo a la carta, o no darlas por el momento, o darlas solo a ciertos servicios de vídeo a la carta. Como, por otro lado, el redactor de la Directiva es consciente de que nada efectivo se puede hacer para sortear esa realidad –a menos que, al modo de la retransmisión por cable, el derecho de puesta a disposición de obras audiovisuales para servicios de vídeo a la carta se configurase como un derecho de gestión colectiva obligatoria–, todo lo más ordena que los Estados miembros se ocupen de que haya organismos y mediadores para que las partes puedan recibir auxilio, supuesto que quieran negociar, hallen dificultades para hacerlo y quieran recurrir a ese tipo de ayuda», lo que, añade, ya podían hacer en ausencia de esta previsión.

¹⁸⁸ Hay que subrayar, en este contexto, la importancia de la revisión de la Directiva 2010/13, relativa a los servicios de comunicación audiovisual, modificada por la Directiva 2018/1808, de 14 de noviembre de 2018, la Propuesta de Reglamento por el que se establecen las normas sobre el ejercicio de los derechos de autor y determinados derechos afines a los derechos de autor aplicables a determinadas transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión y a las retransmisiones de programas de radio y televisión (reconvertido en la Directiva 2019/789), la Comunicación sobre las plataformas en línea, de 25 de mayo de 2016, y el Reglamento de portabilidad, sobre el que volveremos en un apartado posterior.

de las normas consideradas individualmente y demuestra el convencimiento de la Comisión de seguir transitando hacia la meta fijada.

Frente a la incertidumbre de cuál será su duración, tenemos la certeza de que el proceso iniciado terminará por erosionar las reticencias todavía fuertes a la completa desfragmentación del mercado digital de contenidos¹⁸⁹. Sería deseable comenzar a explorar y reflexionar, no obstante, sobre los modos de extender la institución del agotamiento, al menos para los contenidos que se cosifiquen, es decir, que puedan almacenarse de alguna forma en los dispositivos.

La tecnología, inevitablemente, antecede a la regulación. Sin embargo, es necesario no perder el paso a fin de que aquélla no termine por desvirtuar los principios y valores fundamentales de la construcción europea. Es necesario, por tanto, hallar la forma de regular unos derechos de autor eficientes y justos, pero respetuosos con las legítimas expectativas del consumidor europeo y con los fundamentos del mercado único¹⁹⁰.

Conocidos los problemas que originan la fragmentación de este mercado, se ha venido cuestionando que la vía de la armonización sea la más adecuada para obtener una más ágil y libre circulación de los contenidos digitales, ya que no resuelve las dificultades que afrontan las compañías que desean licenciar contenidos en más de un Estado de la UE, derivadas de la disparidad de regímenes legales.

¹⁸⁹ En este sentido consideramos conveniente reproducir un extracto de la Resolución del Parlamento europeo de 26 de marzo de 2019, citada, que pasó a los considerandos de la Directiva (7.º): «La protección que deparan las medidas tecnológicas establecidas en la Directiva 2001/29/CE sigue siendo esencial para garantizar la protección y el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos a los autores y otros titulares de derechos por el Derecho de la Unión. Es necesario mantener dicha protección, garantizando al mismo tiempo que el uso de medidas tecnológicas no impida el disfrute de las excepciones y limitaciones establecidas en la presente Directiva. Los titulares de derechos deben tener la oportunidad de garantizar ese disfrute mediante medidas voluntarias. Han de seguir pudiendo elegir la manera adecuada de permitir que los beneficiarios de las excepciones y limitaciones establecidas en la presente Directiva saquen partido de ellas. A falta de medidas voluntarias, los Estados miembros deben tomar las medidas adecuadas de conformidad con el artículo 6, apartado 4, párrafo primero, de la Directiva 2001/29/CE, también cuando las obras y otras prestaciones se pongan a disposición del público a través de servicios a la carta».

¹⁹⁰ Nos parecen pertinentes, aunque pronunciadas en relación con problemas derivados de la piratería en la red, las palabras de XALABARDER, R., sobre «La propiedad intelectual en la era digital» y disponibles en http://www.uoc.edu/culturaxxi/esp/articles/xalabarder0602/xalabarder0602_imp.html: «El monopolio es una buena solución. De hecho, me parece mejor que otras vías para fomentar la creación, como los subsidios que utilizaban en el pasado los sistemas comunistas. Pero si abusamos del monopolio es en perjuicio de todos, autores y usuarios. El derecho de autor siempre ha procurado encontrar aquel frágil equilibrio entre el fomento de la creación, la protección de los intereses –económicos y morales– del autor y el fomento de la cultura. (...) No se trata simplemente de un negocio, es un bien comunitario que nos enriquece a todos. (...) hay un interés público, de acceso a las obras –que no de explotación–, que también es preciso proteger». *Vid.*, sobre esta compleja materia que en este trabajo no podemos sino apuntar, y desde el Derecho civil, ámbito natural de estos derechos, MALLO MONTOTO, D., *La difusión en internet de los contenidos sujetos a derechos de autor*, Reus ed., Madrid, 2018.

La unificación de los derechos de autor, propugnada por una parte importante de la doctrina ¹⁹¹, podría poner las bases para el florecimiento de una industria verdaderamente europea y allanar el camino para la verdaderamente libre circulación de los contenidos digitales en la red mediante las licencias paneuropeas. Para ello, el instrumento más adecuado se antoja el Reglamento que, al amparo del artículo 118 TFUE requiere sólo de mayoría cualificada y no de unanimidad. Las ventajas son como después del TFUE evidentes dado su efecto inmediato en toda la UE, en detrimento del lento camino que implica la necesaria transposición de las Directivas, especialmente inadecuado para abordar asuntos que evolucionan tan rápidamente como el mercado digital. De otro modo, nada impide que los operadores sigan necesitando de licencias territoriales, lo que seguirá dificultando gravemente la concesión de licencias paneuropeas. Sólo un régimen unificado de los derechos de autor permitiría introducir, con mayores garantías, las licencias paneuropeas.

5.3 EL AGOTAMIENTO DE LOS DERECHOS DE AUTOR

Como decíamos, el derecho de autor comprende una serie de facultades dispositivas del autor que van desde el derecho de reproducción, al derecho de distribución, de comunicación pública, de transformación y de colección, siendo su agotamiento uno de los aspectos más discutidos sobre los mismos ¹⁹².

En efecto, la legislación ha sido muy cauta en relación con este límite a los derechos de autor, contrariamente a cuanto ocurre con el derecho de marca, para el que el concepto de agotamiento ha sido profundamente delineado a través de una importante casuística jurisprudencial, incorporada posteriormente a la legislación.

¹⁹¹ *Vid.* la valiosa iniciativa de Código Europeo de los derechos de autor elaborada por un grupo de académicos, denominado Grupo Wittem, y del que se da nutrida cuenta en HUGENHOLTZ, P. B., «The Wittem Group's European Copyright Code», disponible en https://www.ivir.nl/publicaties/download/ILS_29_chapter17.pdf. Asimismo, CAMMISO, K. J., «European Parliament Resolution of 9 July 2015 and its Progeny: Why the Digital Age Demands a Single European Copyright Title», *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property*, núm. 17, 2017.

¹⁹² SERRANO GÓMEZ, E., *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Cuadernos Civitas, 2000, pp. 24 y ss. Más recientemente, GRIFFITHS, J., «Exhaustion and the alteration of copyright Works in EU copyright law – C-419/13 Art&Allposters International BV v. Stichting Pictoright», *ERA Forum*, vol. 17, núm. 1, 2016, pp. 73 y ss., WIEBE, A., «Geoblocking im Lichte von europäischen Recht und europäischen Rechtsprechung», *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, núm. 59, 2015, pp. 940-941, o ROTH, H. P., «Green-IT: BGH bestätigt Used Soft-Rechtsprechung zur digitalen Erschöpfung beim Handel mit Gebrauchte software», *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, núm. 59, 2015, pp. 981 y ss.

En este sentido, en relación con los bienes protegidos por marca u otro derecho de propiedad industrial¹⁹³, y según el principio contenido, entre otros, en el artículo 15.1 de la Directiva 2015/2436, de Marcas, «el derecho conferido por la marca no permitirá a su titular prohibir el uso de la misma para *productos* comercializados en la Unión con dicha marca por el titular o con su consentimiento». Si bien, se permiten ciertas limitaciones basadas en «motivos legítimos que justifiquen que el titular se oponga a la comercialización ulterior de los productos, en especial cuando el estado de los productos se haya modificado o alterado tras su comercialización» (art. 15.2).

Y si la falta de seguridad jurídica sobre el agotamiento de derechos sobre las obras tangibles es ya *per se* grave, esta gravedad se acrecienta exponencialmente cuando se trata de contenidos digitales. Por ello, conviene reflexionar sobre si, y en qué medida, el mencionado principio de protección territorial del que emanan dichos obstáculos es absoluto o admite limitaciones¹⁹⁴. La respuesta a esta cuestión es evidentemente afirmativa, y legalmente refrendada con el reconocimiento de la teoría del agotamiento, entre otros, en el artículo 19 de nuestro Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual¹⁹⁵, que lo contem-

¹⁹³ Antes de su reconocimiento legal expreso, ya fue aplicada por la jurisprudencia del TJUE, entre otras sentencias, en los casos C-78/70, de 8 de junio de 1971 (Deutsche Grammophon), C-16/74, de 31 de octubre de 1974 (Centrafarm), o C-144/81, de 14 de septiembre de 1982 (Keurkoop BV).

¹⁹⁴ FRANCESCHELLI, V., To what extent does the principle of exhaustion of IP rights apply to the online industry?, *International League of Competition Law*, 2014, disponible en <http://www.ligue.org/uploads/documents/2014RapportinternationalB15septembre.pdf>

¹⁹⁵ Artículo 19. Distribución: 1. Se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.

2. Cuando la distribución se efectúe mediante venta u otro título de transmisión de la propiedad, en el ámbito de la Unión Europea, por el propio titular del derecho o con su consentimiento, este derecho se agotará con la primera, si bien sólo para las ventas y transmisiones de propiedad sucesivas que se realicen en dicho ámbito territorial.

3. Se entiende por alquiler la puesta a disposición de los originales y copias de una obra para su uso por tiempo limitado y con un beneficio económico o comercial directo o indirecto.

Quedan excluidas del concepto de alquiler la puesta a disposición con fines de exposición, de comunicación pública a partir de fonogramas o de grabaciones audiovisuales, incluso de fragmentos de unos y otras, y la que se realice para consulta in situ.

4. Se entiende por préstamo la puesta a disposición de originales y copias de una obra para su uso por tiempo limitado sin beneficio económico o comercial directo ni indirecto, siempre que dicho préstamo se lleve a cabo a través de establecimientos accesibles al público.

Se entenderá que no existe beneficio económico o comercial directo ni indirecto cuando el préstamo efectuado por un establecimiento accesible al público dé lugar al pago de una cantidad que no exceda de lo necesario para cubrir los gastos de funcionamiento. Esta cantidad no podrá incluir total o parcialmente el importe del derecho de remuneración que deba satisfacerse a los titulares de derechos de propiedad intelectual conforme a lo dispuesto en el artículo 37.2.

Quedan excluidas del concepto de préstamo las operaciones mencionadas en el párrafo segundo del apartado 3 y las que se efectúen entre establecimientos accesibles al público.

5. Lo dispuesto en este artículo en cuanto al alquiler y al préstamo no se aplicará a los edificios ni a las obras de artes aplicadas.

pla, aunque de modo limitado al derecho de distribución y sólo para posteriores ventas, por lo que los derechos de alquiler y préstamo de los originales y copias no se ven afectados por el agotamiento y siguen perteneciendo al autor¹⁹⁶.

La respuesta deviene menos contundente cuando el objeto que circula es un servicio de contenido digital, si atendemos al considerando 29 de la Directiva 2001/29, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información¹⁹⁷, la aplicación del agotamiento se restringe a los bienes físicos. El origen de este problema del agotamiento selectivo puede responder a la evolución y adecuación del copyright al mercado interior, a la estela de la jurisprudencia del TJUE que distinguió entre servicios y mercancías a los efectos del derecho de autor, esto es, distribución y comunicación. Y esta distinción puede tener cierto sentido en un mercado analógico, pero en el actual mercado digital este distinto trato deviene resulta más controvertido¹⁹⁸.

En efecto, como se verá en el apartado siguiente, se observa una progresiva tendencia hacia la erosión de esta rotundidad, por el convencimiento de que «los europeos desean un acceso transfronterizo a nuestra cultura rica y diversa y que, por tanto, los contenidos creativos de Europa no deben resultar inaccesibles, porque sin un mercado único digital que funcione correctamente se pierde creatividad, crecimiento y empleo»¹⁹⁹.

5.3.1 El agotamiento de los derechos de autor en la jurisprudencia del TJUE

Además de su aplicación a los derechos de marca, patente y diseño, el TJUE ha aplicado el principio del agotamiento a los derechos de distribución de música en grabaciones, y también a las licencias de software. En esta progresiva extensión del principio de agotamiento, se ha manifestado que la crea-

¹⁹⁶ SERRANO GÓMEZ, E., *op. cit.*, pp. 38 y ss.

¹⁹⁷ «El problema del agotamiento no se plantea en el caso de los servicios, y en particular de los servicios en línea. Ello se aplica también a las copias materiales de una obra o prestación efectuadas por un usuario de dicho servicio con el consentimiento del titular del derecho. Por consiguiente, cabe aplicar lo mismo al alquiler y préstamo del original y de copias de las obras o prestaciones que por su naturaleza constituyan servicios. A diferencia del CD-ROM o CD-I, en los que la propiedad intelectual está incorporada a un soporte material, esto es, una mercancía, cada servicio en línea es, de hecho, un acto que debe quedar sujeto a autorización cuando así lo exijan los derechos de autor o derechos afines a los derechos de autor».

¹⁹⁸ XALABARDER PLANTADA, R., «The Role of the CJEU in Harmonizing EU Copyright Law», en *IIC International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 47, núm. 6, 2016, pp. 635-639.

¹⁹⁹ Palabras del vicepresidente de la Comisión y comisario responsable del Mercado Único Digital, Andrus Ansip, durante la presentación de la Propuesta de Directiva sobre los derechos de autor en el mercado digital, el 15 de septiembre de 2016.

ción de un mercado único libre de barreras al comercio transfronterizo ha prevalecido sobre cualquier otra consideración relativa a la protección e incentivación de la inversión²⁰⁰.

En esta materia resulta paradigmático el caso Oracle, C-128/11, que abordaba un litigio entre Oracle, una empresa estadounidense que desarrolla y distribuye programas de ordenador, y Usedsoft, empresa alemana que comercializa software de segunda mano. Oracle distribuye programas de ordenador, fundamentalmente mediante descargas de Internet, y otorga al comprador el derecho de uso del programa, que incluye el derecho de almacenar de manera permanente la copia del programa en un servidor y permitir a un determinado número de usuarios acceder al mismo, descargando la copia en la memoria principal de sus estaciones de trabajo. Usedsoft adquiere los derechos a esas copias «extra» y las comercializa.

La cuestión controvertida consistía en determinar si esta venta «menoscaba el derecho exclusivo de Oracle de reproducción permanente o transitoria de los programas de ordenador, previsto en el artículo 4, apartado 1, letra a), de la Directiva 2009/24, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, ya que, de los contratos de licencia de Oracle se desprende que el derecho de uso de los programas “no [es] transmisible”».

Frente a ello, se debe determinar si el agotamiento del derecho de autor resulta, o no, aplicable. Es decir, si, y en qué circunstancias, la descarga de Internet de una copia de un programa de ordenador (que, por tanto, no está contenida en un bien material (CD, DVD o similares), puede dar lugar al agotamiento del derecho de distribución en la Unión Europea de dicha copia, conforme al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24.

Y para determinarlo, establece, en primer lugar, que la descarga de una copia de un programa de ordenador y la celebración del correspondiente contrato de licencia de uso forman un todo indivisible análogo al contrato de compraventa, por implicar la transferencia del derecho de propiedad de la copia del programa de ordenador de que se trata y, por tanto, constituye una «primera venta [...] de una copia de un programa» a efectos de la Directiva.

En segundo lugar, y más importante, se examinó si el agotamiento del derecho de distribución previsto en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24 se refiere únicamente a los bienes tangibles y no a copias inmateriales de programas de ordenador descargadas de Internet.

²⁰⁰ Las relevantes resoluciones del TJUE en los casos *Deutsche Grammophon v. Metro*, C-78/70 o *Keurkoop v. Nancy Kean Gifts*, C-144/81. *Vid.* SCHMIDT-KESSEN, M. J., «EU Digital Single Market Strategy, Digital Content and Geo-Blocking: Costs and Benefits of Partitioning EU's Internal Market», *Colum. J. Eur. L.*, núm. 24, 2018, p. 568.

La respuesta puede fundarse en que del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24 no se desprende que el agotamiento del derecho de distribución de las copias de programas de ordenador se limite a las copias de programas de ordenador que se encuentren en un soporte material, como puede ser un CD-ROM o un DVD. Antes al contrario, debe considerarse que tal disposición, al referirse sin más precisiones a la «venta [...] de una copia de un programa», no hace ninguna distinción en función de la forma material o inmaterial de la copia de que se trate.

En estas circunstancias, ha de considerarse que el agotamiento del derecho de distribución previsto en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24 se refiere a ambas copias –materiales e inmateriales– de un programa de ordenador y, por tanto, también a las copias que, en el momento de su primera venta, se descargaron de internet en el ordenador del primer adquirente.

Este pronunciamiento tiene una gran relevancia, al haber consagrado el principio de que el derecho de agotamiento no sólo es aplicable a los bienes tangibles, sino también a los programas de software inmateriales, que circulan por la red y que son consumibles a través de descargas. No obstante, el TJUE no prejuzgó, expresamente, la compatibilidad del agotamiento con otras clases de bienes inmateriales protegidos por la Directiva de la sociedad de la información 2001/29, a los que, a tenor del párrafo 29 de la Exposición de motivos, como decíamos, no les sería aplicable.

En este sentido, la Comisión Europea parece suficientemente clara al afirmar que «*el problema del agotamiento no se plantea en el caso de los servicios, y en particular de los servicios en línea*» (par. 29, Dir. 2001/29).

En nuestra opinión, esta solución no resulta satisfactoria²⁰¹. La evolución del comercio electrónico ha invadido prácticamente todos los sectores, haciendo que, salvo los alimentos y la indumentaria, que son consumibles sólo en forma material o corpórea, prácticamente todos los restantes bienes de consumo pueden ser producidos, comercializados y consumidos en forma material o digital.

Como decimos, es un hecho que con la llegada de internet muchos bienes se han desmaterializado o, *rectius*, perdido la forma material con la que los hemos conocido hasta ahora (libros, música, etc.), para convertirse en códigos que pueden fluir más fácilmente por la red. Es decir, la digitalización del contenido sería simplemente su conversión en una combinación numérica binaria.

²⁰¹ Con FRANCESCHELLI, V., «To what extent does the principle of exhaustion of IP rights apply to the online industry?», ponencia realizada en el International League of Competition Law, Turín, 2014, disponible en <http://www.ligue.org/uploads/documents/2014RapportinternationalB15septembre.pdf>

Por ello, la solución habría de pasar por profundizar en la naturaleza jurídica de los nuevos bienes y/o servicios de consumo *online*, a fin de categorizarlos adecuadamente y dotarlos, quizás, de un régimen especial que no suponga excesivas cortapisas a su aptitud connatural para la rápida circulación por el denominado ciberespacio y que no ponga únicamente el acento, como hasta la fecha, en los peligros que entraña internet para las facultades dispositivas del autor²⁰².

La tendencia camina lenta pero inexorablemente hacia la adaptación del derecho de autor a un mercado único europeo. Y ello ha de pasar, en primer lugar, por ampliar los límites aplicativos del agotamiento a los bienes protegidos por derechos de autor, aproximando, así, el tratamiento del comercio de bienes materiales y de bienes y servicios digitales teniendo en consideración las peculiaridades de unos y otros²⁰³.

5.4 EL ROL DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA EN LA MEJORA DE LA ACCESIBILIDAD A LOS CONTENIDOS EN LÍNEA

Siguiendo con el papel que las instituciones europeas, en particular el TJUE, han desempeñado en mejorar el funcionamiento del mercado único de servicios, ha de hacerse referencia obligada a dos recientes casos que evidencian que, en ocasiones, el Derecho europeo de la competencia es aplicado en aras de la consecución de objetivos de política legislativa²⁰⁴.

²⁰² Hasta el momento, la doctrina que se ha dedicado al estudio de los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital ha puesto el foco de atención, casi exclusivamente, en la descripción de los efectos que ha tenido la digitalización sobre la reproducción y distribución de obras y la necesidad de reforzar la protección del autor contra la piratería y otros actos que pueden reducir sus legítimas expectativas de ganancias. En este sentido, existe numerosa bibliografía, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales de propiedad intelectual. Soluciones jurídicas», *Derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Jornadas organizadas por el Ministerio de Cultura], 1996, o SERRANO GÓMEZ, E., *op. cit.*

²⁰³ De la misma opinión, favorable a la extensión del agotamiento, si bien teniendo en cuenta sus particularidades, el Estudio dirigido por el profesor SCHULTE-NOLTE, H., *et al.*, *Discrimination of Consumers in the Digital Single Market*, a instancia del Comité sobre mercado interior y protección del consumidor del Parlamento europeo, publicado en 2013 y disponible en <http://www.europarl.europa.eu/studies>, y MAZZIOTTI, G., SIMONCELLI, F., *op. cit.*

FRANCESCHELLI, V., *op. cit.*, p. 17, ilustra claramente las diferencias entre la circulación de unos u otros bienes, advirtiendo de que los bienes consumibles *online* pueden ser enajenados sin que el vendedor pierda su facultad de uso (por ejemplo, cuando una copia es mantenida en sus dispositivos), al contrario que un bien con soporte material. A este problema, el TJUE propone una solución en el caso Oracle: obligación de cancelar el bien vendido y la facultad del creador de poner los medios técnicos para hacer efectiva esta obligación.

²⁰⁴ Lo que recuerda IBÁÑEZ COLOMO, P., «Copyright licensing and the EU Digital Single Market Strategy», *LSE Working Papers*, 19/2015, p. 16.

El primero de ellos es el conocido caso Murphy²⁰⁵, que concernía la transmisión de partidos de fútbol de la Premier League por televisión. Los paquetes de derechos de transmisión se suelen conceder sobre base territorial y normalmente con carácter exclusivo, por lo que cada organismo de radiodifusión se compromete a impedir que el público reciba sus emisiones fuera de la zona para la que posee la licencia²⁰⁶.

Es importante destacar que el asunto combina la aplicación de las normas de libre circulación y las de competencia. En el primero de los ámbitos, determina que la norma legal que prohíbe la importación de los dispositivos necesarios para visualizar los contenidos infringe el artículo 56 TFUE por avalar los obstáculos contractuales a la libre prestación de servicios.

Sobre si dicha restricción puede estar justificada por razones de interés general, en concreto para proteger la propiedad intelectual²⁰⁷, el TJUE entiende que lo que protege la normativa es la recepción por parte del titular del suplemento remunerativo que otorga la exclusividad territorial, que compartimenta el mercado único, y ello excede de lo que sería necesario para garantizar una adecuada remuneración del titular.

Respecto de las implicaciones de los acuerdos entre titular y proveedor, que prohíben a éstos vender decodificadores para uso fuera de su territorio exclusivo, para las normas de competencia, corresponde valorar, en primer lugar, si el acuerdo tiene por objeto restringir la competencia. Para ello se ha de tener en cuenta *«el contenido de sus disposiciones, los objetivos que pretende alcanzar, así como el contexto económico y jurídico en que se inscribe»*, y, tal y como hemos reiterado en otras partes del trabajo, *«los contratos cuyo objetivo es la compartimentación de los mercados nacionales con arreglo a las fronteras nacionales o que dificultan la interpenetración de los mercados nacionales deben considerarse, en principio, acuerdos cuyo objetivo es restringir la competencia»*.

En este sentido, el acuerdo ha de entenderse contrario al artículo 101.1 TFUE sin que existan razones que permitan encajarlo en el artículo 101.3 TFUE.

²⁰⁵ Sentencia de 4 de octubre de 2011, casos acumulados C-403 y 429/08.

²⁰⁶ Dado que las emisiones suelen estar codificadas y pueden verse únicamente a través de decodificadores, se prohíbe a dichos organismos proporcionar decodificadores de sus emisiones para ser utilizados fuera del territorio para el que poseen la licencia. Frente a esta realidad, algunos interesados adquieren decodificadores extranjeros para acceder a los partidos de la «Premier League» que son emitidos desde otro Estado miembro, a precios de abono inferiores, como sucedió en el caso enjuiciado. Tras ser demandados ante los Tribunales británicos, éstos plantean la cuestión prejudicial al TJUE ante la sospecha de que dichas prohibiciones infrinjan las normas europeas de libre circulación en el mercado único.

²⁰⁷ Casos como Coditel I, 62/79, y MusikVertriebsmembran y Ktel International, 55/80 y 57/80, reconocen la virtualidad de la protección de la propiedad intelectual para justificar restricciones a la libre circulación.

Es destacable que el TJUE no valora la licitud de la concesión de licencia exclusiva, que considera válida, sino la cláusula de prohibición a la exportación que la acompaña²⁰⁸.

El papel proactivo de las instituciones en la creación de un verdadero mercado de contenidos se vuelve a plasmar, en línea con la doctrina de la sentencia Murphy, en la investigación contra los mayores estudios estadounidenses y algunos de los más importantes operadores de televisión de pago por satélite europeos. Esta investigación, que concernía a sus prácticas de concesión de licencias, fue abierta en 2014 y finalizada por terminación convencional dos años más tarde²⁰⁹.

La investigación abordaba la notoria fragmentación de los mercados nacionales respecto de las transmisiones de televisión por pago a través de satélite e internet, a fin de determinar la existencia y eventual licitud de cláusulas contractuales, fundamentalmente de *geoblocking*, entre los titulares de derechos de propiedad intelectual y los proveedores de contenidos que prohibiesen a estos últimos las ventas pasivas (*rectius*, la prestación del servicio solicitado a instancia del usuario), a residentes de otros Estados miembros.

Obsérvese la complejidad de determinar la licitud de estas cláusulas, en tanto en cuanto no se puede poner en cuestión que la concesión de licencias pueda hacerse sobre una base territorial, y existiendo un convencimiento general en la Comisión de que cambiar esto corresponde sólo al legislador, a través de la modificación de la regulación de los derechos de autor.

En este sentido, resulta de gran interés el argumento de la Comisión en el que no pone en tela de juicio los derechos de autor en sí mismos, incluido el derecho a obtener una retribución, sino su ejercicio. Y toda vez que dichos derechos se ejerzan de modo incompatible con las normas de competencia y con sus objetivos, porque se pretenda una protección territorial absoluta que compartimente el mercado, y no exista justificación, dicho ejercicio deberá ser sancionado²¹⁰.

²⁰⁸ Sobre la interpretación de la sentencia, IBÁÑEZ COLOMO, P., «*Copyright licensing...*», cit.,

²⁰⁹ Caso AT.40023, que involucraba a Twentieth Century Fox, Disney, Warner Bros., Sony Pictures, NBCUniversal y Paramount Pictures, por un lado, y BSkyB de Reino Unido, Canal Plus de Francia, Sky Italia, Sky Alemania y DTS de España. La terminación convencional, plasmada en la Decisión de la Comisión de 26 de julio de 2016, C(2016) 4740 final afecta, únicamente a los acuerdos suscritos por Paramount. La investigación sigue en curso respecto del resto de partes.

²¹⁰ Decisión cit., par. 37 y 38: «*In that regard, the mere fact that a right holder has granted to a sole licensee the exclusive right to exhibit a film in the territory of a Member State or to broadcast protected subject-matter from a Member State, and consequently to prohibit its showing or transmission by others, during a specified period is not sufficient to justify the finding that such an agreement has an anti-competitive object. None the less, an agreement which might tend to restore the divisions between national markets is liable to frustrate the Treaty's objective of achieving the integration of those markets through the*

Sorprendentemente, y quizás amenazados con una reforma legislativa de mayor envergadura, los mayores estudios no esperaron a ver finalizado el expediente, aceptando una serie de compromisos que van más allá de lo que, probablemente, hubiese podido dictaminar la Comisión. En el documento final, firmado el 7 de julio de 2016, las partes se comprometían a eliminar la protección territorial absoluta de sus contratos de cesión de derechos, esto es, dejar de incluir, y dar por no puestas, las cláusulas que impidan al emisor satisfacer las solicitudes de usuarios realizadas desde un Estado miembro distinto.

Se puede concluir, a la vista de la jurisprudencia reciente del TJUE, así como de la intervención de la Comisión, la firmeza con que se aborda la división territorial en el mercado de contenidos transmitidos, fundamentalmente de forma digital. El mercado único digital representa, sin duda, el último campo de batalla, en la que parece que las Instituciones no van a escatimar esfuerzos.

De hecho, ante los grandes retos que plantea la integración del mercado único digital de contenidos y conscientes de la imposibilidad de que el TJUE pueda transitar dicho camino en soledad, la Comisión ha incrementado, notablemente, su actividad.

5.5 EL REGLAMENTO DE PORTABILIDAD DE CONTENIDOS EN LÍNEA

Uno de los hitos de la Comisión en el trayecto emprendido hacia la desfragmentación del mercado de contenidos digitales es el Reglamento 2017/1128, relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior. Este Reglamento pretende dar respuesta al segundo de los problemas avanzados en el epígrafe anterior, esto es, la inexistente capacidad del usuario de disfrutar de los contenidos a los que está suscrito cuando se encuentra, temporalmente, fuera de su lugar de residencia²¹¹.

La iniciativa ha visto la luz de forma paralela al fin de las tarifas de itinerancia en servicios telefonía móvil²¹², y no podía ser de otra manera, pues la

establishment of a single market. Thus, where a license agreement is designed to prohibit or limit the cross-border provision of broadcasting services, it is deemed to have as its object the restriction of competition, unless other circumstances falling within its economic and legal context justify the finding that such an agreement is not liable to impair competition».

²¹¹ Sobre el mismo, puede verse STROWEL, A., «From content portability...», cit., pp. 63 y ss., o en nuestro país, CASTELLÓ PASTOR, J. J., «Portabilidad transfronteriza de contenidos digitales protegidos por derechos de autor en la Unión Europea», *InDret*, núm. 1, 2019.

²¹² Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta y se modifica

apertura del sector de la distribución de contenidos en línea exige también otro marco del uso de las redes móviles o del acceso a internet por redes de datos cuando se cambia de país dentro de la UE²¹³.

Aunque el alcance del Reglamento es notablemente limitado, al garantizar, únicamente, la portabilidad de contenidos ya contratados, pero no el acceso transfronterizo universal a cualquier contenido en línea, su combinación con el Reglamento de itinerancia supone una clara determinación de la Comisión en mitigar los efectos que el principio de territorialidad de los derechos de autor y derechos afines tiene sobre el mercado único digital, y facilitar así la libre circulación de estos servicios.

El Reglamento de portabilidad se aplica, por tanto, a los servicios en línea, entendidos como aquellos servicios «que un prestador presta lícitamente a un abonado en el Estado miembro de residencia de éste, según condiciones acordadas y en línea, que sea portable y que constituya, bien un servicio de comunicación audiovisual, tal como se define en la Directiva 2010/13, o un servicio cuya característica principal es proporcionar el acceso a obras, otras prestaciones protegidas o transmisiones de organismos de radiodifusión, y su utilización, ya sea en forma lineal o a la carta» (art. 2.5 Reg.).

En palabras de la Comisión, pues, este Reglamento tiene por objetivo eliminar las barreras al mercado único de contenidos digitales, que «deriven del hecho de que las licencias de derechos relativos a la transmisión de contenidos protegidos por derechos de autor o derechos afines, como las obras audiovisuales, se conceden a menudo sobre una base territorial, así como del hecho de que los prestadores de servicios de contenidos en línea pueden decidir prestar servicio únicamente en determinados mercados» (Considerando 4 del Reglamento).

A la vez, se preserva «el alto nivel de protección que garantiza los derechos de autor y derechos afines en la Unión, sin cambiar los modelos actuales de licencia, como la licencia territorial, y sin que ello afecte a los mecanismos de financiación actuales».

la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y el Reglamento (UE) no 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión. Por virtud de este texto legal, los usuarios europeos pueden utilizar los dispositivos en cualquier país de la UE sin pagar recargos adicionales por los servicios de *roaming*. Estas normas se aplican a las llamadas a teléfonos móviles y fijos, al envío de mensajes de texto (SMS), a la utilización de servicios de datos en el extranjero, y para recibir llamadas o mensajes de texto en itinerancia, pero sólo son aplicables para usuarios de movilidad ocasional y no permanente.

²¹³ CORREDOIRA, L., «La UE ante el fenómeno de los contenidos digitales audiovisuales (Netflix, Amazon, Prime video, Spotify): Análisis de la Propuesta de Reglamento de portabilidad transfronteriza de contenidos en línea en el mercado interior», *ADI*, núm. 37, 2016-2017.

En definitiva, los servicios cubiertos por el Reglamento son todos «los servicios de contenidos en línea que un prestador, tras haber obtenido los correspondientes derechos de sus titulares en un territorio determinado, presta a sus abonados sobre la base de un contrato, mediante la transmisión en continuo (*streaming*), la descarga, a través de aplicaciones o de cualquier otra técnica que permita el uso de esos contenidos». Es importante que el ámbito objetivo esté definido en atención a la naturaleza del servicio (en línea) y no de la técnica utilizada para su prestación, a fin de no fosilizar su contenido con el consiguiente riesgo de verlo superado en un corto plazo por los avances tecnológicos.

Dicho servicio debe ser prestado a cambio de contraprestación económica para quedar cubierto por el Reglamento, pues sólo en este tipo de contratos el prestador del servicio suele comprobar la residencia del usuario. La cobertura de los servicios prestados de forma gratuita es opcional para el proveedor quien, no obstante, si desea que el Reglamento le sea aplicable deberá asumir la obligación de comprobación de la residencia, lo que inevitablemente supone unos costes.

En cualquier caso, independientemente de que el servicio sea remunerado o no, y de quien reciba el pago (el proveedor del servicio directamente, o a través del operador de telecomunicaciones), la relación entre el proveedor y el cliente debe basarse en un contrato. En este sentido, el mero registro para recibir alertas sobre contenidos o la aceptación de *cookies* no se considera un contrato (considerando 15).

Por otro lado, la obligación de proporcionar la portabilidad del servicio de contenidos en línea es imperativa y vinculante, por lo que las partes no pueden excluirla, ni establecer excepciones ni modificar sus efectos.

Y a fin de proteger a los proveedores que están difundiendo contenidos fuera del territorio en el que están legitimados en el marco del Reglamento, este texto dispone que «los actos de reproducción, comunicación al público y puesta a disposición de las obras y otras prestaciones protegidas, así como los actos de extracción o reutilización en relación con bases de datos protegidas por derechos *sui generis*, que se producen cuando se presta el servicio a un abonado que se encuentra temporalmente en un Estado miembro que no sea aquel en que reside, deben entenderse producidos en el Estado miembro de residencia del abonado».

En consecuencia, «no deben constituir una infracción de los derechos de autor o derechos afines, ni de ningún otro derecho relativo a la prestación de servicios de contenidos en línea, al acceso a estos y a su utilización».

En consecuencia, las cláusulas contractuales destinadas a prohibir o limitar la portabilidad transfronteriza de dichos servicios de contenidos en línea deben considerarse nulas, incluso para contratos firmados con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento (art. 9).

Tras esta breve exposición del contenido, dos son los aspectos que conviene destacar por ser especialmente problemáticos. El primero la indeterminación del significado de *encontrarse temporalmente en un Estado miembro*, que viene definido como «la presencia de un abonado durante un período de tiempo limitado en un Estado miembro que no sea su Estado miembro de residencia».

Pese a la importancia de la temporalidad, llamada a determinar el alcance del Reglamento, no se procede a su cuantificación, ni a la clarificación de si a fin de determinar si alguien está temporalmente fuera de su residencia las estancias pueden ser acumuladas, por ejemplo.

Evidentemente, quedarían cubiertos los viajes por motivos de turismo, que generalmente suelen ser de duración inferior al mes, pero quedan zonas grises más ambiguas, como aquéllas relativas a desplazamientos más largos por motivos laborales. En este punto, la falta de concreción podría haberse evitado mediante una previsión similar a la que realiza el Reglamento de itinerancia en redes móviles citado, para el que el «uso ocasional» implica que el usuario pase más tiempo en su país, que es el lugar de contratación del servicio, que en el extranjero.

La segunda cuestión espinosa es la falta de concreción de las consecuencias de un eventual incumplimiento por parte del prestador del servicio. En nuestra opinión, dejar la resolución del conflicto a la administración de justicia es restar eficacia al texto, dados los escasos incentivos de los ciudadanos para reclamar judicialmente daños de escasa entidad cuando es considerado individualmente. A pesar de esta insignificancia individual, el efecto acumulativo de un incumplimiento generalizado es extremadamente nocivo para el interés general de conseguir el correcto funcionamiento del mercado único digital.

Este punto viene a reforzar la idea de que, en determinadas condiciones, frente a las conductas comerciales en perjuicio de los consumidores que en mercados oligopolistas pueden ser realizadas en masa, la actuación sancionadora de la Administración pública a través de las Autoridades de competencia, o de telecomunicaciones en este caso, se revelan no sólo convenientes, sino necesarias²¹⁴.

²¹⁴ Ha de recordarse que el Reglamento genera unos costes para los prestadores del servicio que éstos podrían ahorrarse en caso de incumplimiento, falseando así el juego de la competencia respecto de los operadores más respetuosos. Si se tiene en cuenta el escaso incentivo del consumidor individual a reclamar judicialmente la falta de servicio, habrá que convenir que es necesario introducir mecanismos sancionatorios públicos si se desea una eficaz implementación de la norma. Al respecto, véase, MARTÍ MOYA, V., «La represión pública de la competencia desleal», cit., o MARTÍ MOYA, V., «El *piecemeal approach* de la tutela pública del consumidor contra las prácticas desleales en España frente al modelo italiano», cit.

6. DESCENTRALIZACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y RIESGOS DE DIVERGENCIA ANTE NUEVOS MERCADOS

La descentralización de la aplicación del Derecho de la competencia, llevada a cabo por parte de las Autoridades nacionales (y, en nuestro caso, también autonómicas), y arbitrada por el Reglamento 1/2003, ha cosechado éxitos indiscutibles y ha permitido alcanzar cotas que la Comisión nunca podría haber logrado por sí sola²¹⁵.

En todo caso, esa descentralización no ha suprimido la labor de la Comisión, que se reserva habitualmente la investigación de acuerdos o prácticas contrarias a la competencia ante los supuestos más graves, es decir, cuando afectan a la competencia en varios Estados miembros, o cuando la investigación sea *útil para sentar un precedente a escala europea*.

Ante la rápida digitalización de la economía y la aparición, tanto de nuevos mercados como de restricciones desconocidas en el mercado físico o tradicional, cada vez son más las voces que ponen de relieve la conveniencia, si no necesidad, de una mayor iniciativa por parte de la Comisión. Problemas como el *geoblocking* y otros fenómenos típicos del mercado *online* requieren de un enfoque unitario, para lo que se necesita una adecuada comprensión de las especificidades y la complejidad del mercado digital.

Sólo en los últimos años, coincidiendo con la toma de posesión de la nueva Comisión Juncker, se ha situado el foco de atención sobre el correcto

²¹⁵ En efecto, por señalar algunos datos, desde 2004, la Comisión y las Autoridades Nacionales de la Competencia han adoptado más de 1.000 decisiones de ejecución, de las cuales estas últimas fueron responsables del 85 %, según afirma la propia Comisión en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva encaminada a facultar a las autoridades de competencia de los Estados miembros para aplicar la normativa con más eficacia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, de 22 de marzo de 2017, COM(2017) 142 final.

funcionamiento del mercado digital, también desde el punto de la competencia, sector que hasta hace bien poco había sido vigilado únicamente por las Autoridades nacionales. Ello había puesto de manifiesto la existencia de grandes discrepancias entre los Estados miembros a la hora de aplicar, por ejemplo, el artículo 101 TFUE a las cláusulas contractuales típicas del mercado digital, así como en las estrategias seguidas por parte de las Autoridades nacionales. Ha de ser bienvenida, por tanto, la posición de liderazgo que ha emprendido la Comisión Europea en la persecución de determinadas prácticas por el papel fundamental que estas juegan en el desarrollo del mercado único²¹⁶.

En efecto, la necesaria respuesta a los retos planteados por el mercado digital en materia de competencia no debe dejarse, al menos en exclusiva, en manos de la discrecionalidad de las Autoridades nacionales, cuyos recursos y grados de eficacia distan de ser homogéneos, siendo necesaria la directriz europea para desarrollar una metodología coherente y sistemática adecuada y orientada a las restricciones genuinamente digitales²¹⁷.

Y es que la Comisión Europea está, sin duda, mejor situada para abordar la complejidad de la materia porque reduce el margen de inseguridad y fragmentación en el mercado único, que ahora cuenta con 28 interpretaciones distintas sobre qué restricciones al comercio digital son admisibles y en qué circunstancias, cuáles han de ser consideradas restricciones por objeto y cuáles no, o cómo han de evaluarse los efectos en caso de no serlo.

Sin pretender realizar un análisis exhaustivo de la cuestión, pues ello excedería con mucho los objetivos del presente trabajo, un breve repaso al panorama de la cuestión en algunos de los Estados de nuestro entorno puede ilustrar sobre las divergencias existentes en la forma de afrontar los obstáculos al mercado único digital.

Un ejemplo claro es la problemática que plantea la prohibición de venta a través de plataformas, o *marketplaces*. En este sentido, no existe ni posición clara de la Comisión, que sólo ha abordado la materia en el Informe sobre el comercio electrónico de 2016. Al respecto contamos con un único precedente jurisprudencial del TJUE en la ya citada cuestión prejudicial planteada en el denominado caso Coty²¹⁸.

²¹⁶ A la luz de las recientes investigaciones en materia de restricciones verticales digitales ya citadas, se observa una asunción por parte de la Comisión Europea de este papel de liderazgo que reclamaban, entre otros, BOTTA, M., STASI, M. L., «Competition Policy and E-commerce after the EU Commission Sector Inquiry: What comes next?», *European University Institute*, núm. 2017/08, pp. 4 y ss.

²¹⁷ SOLANO DÍAZ, P., «Price Parity Clauses: has the Commission let slip the watchdogs of war?», *European Journal of Legal Studies*, vol. 9, núm. 1, 2016, pp. 40 y ss.

²¹⁸ Cuestión prejudicial planteada por el *Oberlandesgericht Frankfurt*, C-230/16.

Sin embargo, sí contamos con ejemplos nacionales, como la reciente sentencia de la *Cour de Cassation* francesa núm. 15/01542, de 2 de febrero de 2016, que resuelve un litigio entre un conocido fabricante de cosméticos distribuidos en farmacias y parafarmacias, y una plataforma *online*. En él se cuestionaba la licitud del sistema de distribución del fabricante por permitir la venta *online* únicamente a las farmacias con sede física y exclusivamente a través una página web propia, en la que había de crear un espacio especialmente dedicado a la marca.

De la resolución se pueden destacar varios aspectos. Por un lado, el recurso a pronunciamientos anteriores de la Autoridad de la Competencia alemana, en concreto a los casos Asics y Adidas, lo que refleja, por una parte, el liderazgo de la Autoridad alemana en esta materia, la progresiva sensibilización hacia una cierta unidad del Derecho de la competencia europeo, y por otro, la imposibilidad de acudir, como decíamos, a referentes de las Instituciones europeas.

No obstante, desde el punto de vista material, la importancia de la resolución descansa sobre la exigencia que hace el Tribunal a la parte demandante de justificar objetivamente la necesidad de prohibir a sus distribuidores vender a través de plataformas *online* «independientemente de las características de la plataforma utilizada»²¹⁹. Por último, se ha de destacar la velada alusión del Tribunal francés a que, dada la evolución del mercado digital, el Reglamento de exención, en ciertos aspectos, ha de entenderse superado.

Sobre la misma materia, el 18 de noviembre de 2015, la Autoridad francesa de la Competencia publicó una nota de prensa por la que anunciaba el fin de su investigación sobre las prácticas contractuales de Adidas, toda vez que esta última habría procedido a modificar su política de ventas *online*. El motivo que llevó a abrir la investigación se centraba, de nuevo sobre la prohibición que Adidas imponía a sus distribuidores de vender sus productos a través de

²¹⁹ *Or il résulte des deux décisions de l'Autorité de la concurrence des 23 juillet 2014 et 24 juin 2015, concernant le réseau de distribution sélective SAMSUNG interdisant la vente en ligne par le biais de plate-formes internet, du communiqué de presse de cette Autorité du 18 novembre 2015 dans une affaire Adidas similaire, de la position récemment prise par l'autorité de la concurrence allemande en faveur du caractère anticoncurrentiel d'une pratique comparable dans les contrats de distribution sélective ASICS et ADIDAS (...), un faisceau d'indices sérieux et concordants tendant à établir avec l'évidence requise en référé que cette interdiction de principe du recours pour les distributeurs des produits Caudalie, pour l'essentiel pharmaciens d'officine, à une plate-forme en ligne quelles qu'en soient les caractéristiques est susceptible de constituer, sauf justification objective, une restriction de concurrence caractérisée exclue du bénéfice de l'exemption communautaire individuelle (...).* Texto completo disponible en <https://www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2016/RFBF502597A82ADD25623>

plataformas multimarca²²⁰. A partir del acuerdo alcanzado, la única condición a la venta *online* que podrá imponer el fabricante a sus distribuidores será el respeto de determinados criterios cualitativos por parte del canal elegido.

En la misma línea, ya anteriormente, se situaba la decisión del *Bundeskartellamt* de 27 de agosto de 2015, que enjuiciaba la prohibición de vender a través de las grandes plataformas o *marketplaces*, tales como eBay, Amazon, Rakuten.de, Yatego.de, Hitmeister.de o meinPaket.de. Tras alcanzar un acuerdo con el fabricante, el *Bundeskartellamt* obtuvo el compromiso por parte del mismo de suprimir cualquier prohibición de este tipo, manteniendo la libertad de exigir el cumplimiento de determinados requisitos cualitativos, tanto en el canal físico como en el virtual. Es relevante destacar cómo la propia Autoridad alemana publica la decisión a modo de modelo o guía para modelos de distribución similares puestos en marcha por determinados fabricantes²²¹.

Todas las resoluciones coinciden en mantener intacta, como no podía ser de otra manera, la libertad del fabricante para exigir de sus distribuidores el cumplimiento de ciertos parámetros cualitativos, tanto para el canal *offline* como para el canal *online*.

Yendo un paso más allá, sin embargo, la Comisión Europea realiza algunas reflexiones a este respecto que probablemente habrán de considerarse en el seguimiento de los acuerdos alcanzados. A este respecto, puede que la imposición de criterios cualitativos llegue a tener el mismo impacto sobre los minoristas que la prohibición absoluta de ventas en plataformas, si, por ejemplo, se exigen determinadas condiciones que ninguna plataforma es capaz de cumplir²²². Por otro lado, exigir que la plataforma sea especializada podría de facto excluir a la mayor parte de los grandes *marketplaces* multiproducto o generalistas.

Estas resoluciones parecen indicar que las Autoridades nacionales están profundizando mucho más de lo que lo hacía la Comisión Europea en sus conclusiones del Informe preliminar, quien, al respecto de las prohibiciones de venta a través de plataformas o *marketplaces*, afirma que «el resultado de la investigación sectorial no avala que estas prohibiciones deban ser consideradas restricciones especialmente graves, o *hardcore restrictions*, en el sentido del artículo 4.b del Reglamento»²²³.

²²⁰ Texto disponible en http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?id_rub=606&id_article=2668

²²¹ http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2014/02_07_2014_adidas.html;jsessionid=40CFFF99AE422B3C205591D82D2F837E.2_cid362?nn=3591568

²²² Informe preliminar sobre ecommerce, p. 146.

²²³ Informe preliminar sobre ecommerce, par. 472, p. 154.

Este informe, por el contrario, dejaba abierta la puerta al análisis casuístico para determinar si, en el caso concreto, la prohibición de venta en plataforma equivale, *de facto*, a una prohibición de venta *online*, lo que dependerá de la importancia de las plataformas como canal de venta en relación con el producto en particular, así como de la credibilidad de las justificaciones basadas en la protección de la marca y de la importancia de los servicios de pre y post venta, entre otros. En esos casos, deja abierta la posibilidad de retirar el beneficio de exención en virtud del artículo 29 del Reglamento 1/2003.

Pero, si ha existido una materia en que la divergencia de pareceres y la falta de criterio de la Comisión aparecen con más claridad es, precisamente, las cláusulas de *Price-discrimination* y la *MFN clause* (*Most Favoured Nation*), que persiguen un tratamiento igualitario a todos los clientes.

En este sentido, ha de citarse la sentencia del *Obeslandesgericht Düsseldorf*, de 9 de enero de 2015, que avala la Decisión del *Bundeskartellamt* de 20 de diciembre de 2013, y que avala prohibir el uso de las «*best price clauses*» por ser contrarias al Derecho de la competencia europeo y alemán. El *Bundeskartellamt* sugirió que estas cláusulas «podían incluso constituir restricciones especialmente graves, en el sentido del artículo 4.a del Reglamento de exención, porque podían ser asemejadas a las Cláusulas de mantenimiento de precios de reventa, limitando la suprema libertad de fijar precios libremente. Sin embargo, dejó abierta la cuestión porque la cuota de mercado excedía del máximo permitido para su aplicación (30 %).

Queda sin resolver la cuestión sobre si la presencia de estas cláusulas en los contratos de naturaleza vertical implica la inaplicabilidad del Reglamento y, si en caso de hacerlo, pueden ser justificadas y, por tanto, admitidas, en virtud del artículo 101.3 TFUE. Tampoco la Comisión ni el TJUE se han pronunciado al respecto de forma contundente al momento de escribir estas líneas. Lo que parece claro es que la imposición de dichas cláusulas por operadores con posición dominante constituye un supuesto de abuso en el marco del artículo 102 TFUE²²⁴.

Para concluir este elenco ejemplificativo, pueden citarse las diferencias de enfoque entre la Comisión Europea y el *Bundeskartellamt* alemán sobre el fenómeno de la portabilidad de datos. En este sentido, la Comisión Europea, a través de su Dirección General de Competencia, parece considerar que los problemas relativos a la protección de datos personales no requieren de replanteamiento de las normas de competencia. Por el contrario, parece que el *Bun-*

²²⁴ SOYEZ, V., «The compatibility of MNF clauses with EU competition law», *European Competition Law Review*, núm. 3, 2015.

deskartellamt alemán trata de abordar el papel de los datos personales y su uso desleal como elementos en la construcción de la posición de dominio²²⁵.

Dejando a un lado las cuestiones sustantivas, también se advierten notables diferencias en la perspectiva aplicativa del derecho, muestra de la disparidad de enfoques con que vienen siendo abordadas las prácticas en los mercados digitales emergentes.

En este sentido, algunas Autoridades de la competencia aúnan, tanto poderes para sancionar prácticas antitrust como para perseguir también las prácticas que, sin recaer estrictamente en los ámbitos de aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE, o sus homólogos nacionales, tienen efectos negativos relevantes para los consumidores y, por sus connotaciones cualitativas y cuantitativas especialmente reprobables, afectan también al correcto funcionamiento de los mercados.

La *Autorità Garante de la Concorrenza e del Mercato* italiana, al hilo del modelo británico, es un ejemplo de ello. Ilustrativo, a este respecto, nos parecen algunos ejemplos de cuantiosas sanciones impuestas a gigantes digitales por haber forzado a sus usuarios a compartir sus datos personales²²⁶. Llama la atención que la misma conducta no ha tenido consecuencia alguna, o al menos no equivalente, en otros Estados como el nuestro²²⁷.

En definitiva, el mercado digital ha generado nuevos retos para el Derecho de la competencia que, a falta de un liderazgo de la Comisión, corren el riesgo de ser abordados de forma muy dispar por cada Estado miembro. Consideramos que esta disparidad es del todo indeseable, por lo que cabe esperar una mayor implicación de la Comisión Europea en el análisis de las prácticas anticompetitivas puramente digitales que oriente la labor de las Autoridades nacionales.

²²⁵ Esta conclusión se deduciría de su anuncio sobre el caso Facebook del 2 de marzo de 2016, así STROWEL, «From content portability to data portability», cit., pp. 69 y 70.

²²⁶ Disponible en <http://www.agcm.it/en/newsroom/press-releases/2380-whatsapp-fined-for-3-million-euro-for-having-forced-its-users-to-share-their-personal-data-with-facebook.html>.

²²⁷ La multa, que asciende a tres millones de euros, condena algunas prácticas consideradas desleales y basadas en la información engañosa, o el entorpecimiento técnico para activar la opción *opt-out* una vez aceptadas las condiciones de uso en su totalidad, así como otras cláusulas no ligadas a la cesión de datos y relativas a la prestación del servicio, tales como, la posibilidad de interrumpir el servicio sin previo aviso, el derecho a rescindir el servicio sin causa justificada, el derecho a introducir cambios en las condiciones de uso sometidos a consentimiento tácito, el sometimiento obligatorio a la jurisdicción de California para conocer de cualquier controversia, la predominancia de la versión inglesa del contrato sobre la versión italiana, sin permitir la prevalencia de la interpretación más favorable al consumidor, independientemente de la lengua en la que la cláusula contractual está escrita.

7. CONCLUSIONES

Como hemos tenido ocasión de argumentar a lo largo del trabajo, el *geoblocking* en la red es un fenómeno cuya ordenación presenta para el jurista aristas de distinta y variada naturaleza. El *geoblocking*, además, por su carácter transversal puede afectar a cualquier mercado, tanto de bienes como de servicios, y sus consecuencias negativas inciden tanto sobre la competencia como sobre el desarrollo del mercado único. Y, aunque en numerosas ocasiones ambos sectores vayan de la mano, las soluciones han de ser abordadas desde los dos ámbitos de forma distinta.

Por un lado, desde un plano normativo, la ordenación del *geoblocking* se ha plasmado en diferentes iniciativas legislativas que, con mayor o menor tibieza, lo abordan de modo parcial como obstáculo al mercado único. Por otro lado, para el Derecho de la competencia, cualquier restricción de naturaleza digital como el *geoblocking*, que pueda frenar el dinamismo del comercio electrónico supone un reto que obliga a repensar y modernizar sus postulados.

Sin embargo, por compleja que sea la tarea de sistematizar y calificar las conductas restrictivas en internet, es necesario abordar esta problemática a fin de dotar de seguridad al operador y asistencia a los órganos encargados de aplicar las normas de competencia.

En todo caso, lo que parece innegable es que resulta imprescindible un cierto grado de liderazgo de la Comisión europea que mitigue la disparidad de tratamiento de las nuevas realidades por las Autoridades nacionales, por ser esta institución la que se sitúa en mejor posición dada la disponibilidad de más recursos materiales y personal más cualificado.

La prueba de que la Comisión ha asumido el desafío (quizás con algo de retraso), es el Informe preliminar sobre el *e-commerce* y sus conclusiones definitivas, al que, como era de esperar, han seguido las primeras investigaciones

■ GEOBLOQUEO Y COMERCIO ELECTRÓNICO

en sede de bloqueo del comercio electrónico. Cabe esperar que con el paso del tiempo comience a formarse un *corpus* sistemático de reglas y principios, tan necesario para el adecuado funcionamiento del mercado único digital.

Por último, el tercero de los prismas sobre los que se reflejan los efectos perniciosos del *geoblocking* es el Derecho de la competencia desleal y la protección del consumidor. En este sentido, la discriminación que implica el *geoblocking* puede considerarse una práctica comercial desleal en algunos casos.

En definitiva, la digitalización de la economía ha creado nuevos fenómenos que trascienden las fronteras de los Estados miembros, porque los operadores *online*, fundamentalmente los de mayores dimensiones, ya no circunscriben sus actividades a los espacios geográficamente delimitados por las fronteras nacionales. En efecto, a la vez que el uso del comercio electrónico permite incrementar la permeabilidad de nuevos mercados geográficos, permite homogeneizar también los obstáculos a su correcto funcionamiento. Esta homogeneización de las disfunciones del mercado electrónico requiere de un tratamiento armonizado de sus posibles soluciones, tal y como se ha tratado de justificar en las líneas precedentes.

BIBLIOGRAFÍA

- AKMAN, P., «To abuse or not to abuse: discrimination between consumers», *European Law Review*, august 2007.
- ALBORS-LLORENS, A., «Competition and Consumer Law in the EU: Evolution and Convergence», *Yearbook of European Law*, vol. 33, núm. 1, 2014.
- ARPIO SANTACRUZ, J., «Fundamento y alcance de la regulación europea sobre el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación», *RCD*, núm. 22, 2018.
- BARRAL-VIÑALS, I., «E-consumers and effective protection: the online dispute resolution system», en Devenney-Kenny (ed.), *European Consumer Protection*, Cambridge University Press, 2012.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales de propiedad intelectual. Soluciones jurídicas», *Derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Jornadas organizadas por el Ministerio de Cultura, 1996.
- BOLDÓ RODA, C. (dir.), *La mediación en asuntos mercantiles*, Tirant lo Blanch, 2015.
- BOTTA, M., STASI, M. L., «Competition Policy and E-commerce after the EU Commission Sector Inquiry: What comes next?», *European University Institute*, núm. 2017/08.
- BROKELMANN, H., «La negativa de suministro y figuras afines», disponible en http://espacioinvestiga.org/wp-content/uploads/2015/09/DE006-013_La_negativa_suministro_y_figuras_afines-Brokelmann.pdf
- CAMMISO, K. J., «European Parliament Resolution of 9 July 2015 and its Progeny: Why the Digital Age Demands a Single European Copyright Title», *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property*, núm. 17, 2017
- CARBAJO GASCÓN, F., *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo: repercusiones en el derecho español y la práctica contractual*, Tirant lo Blanch, 2015.

- CARROLL, K., COATES, D., «Teaching Price discrimination: some clarification», *Southern Economic Journal*, núm. 66, 1999.
- CORREDOIRA, L., «La UE ante el fenómeno de los contenidos digitales audiovisuales (Netflix, Amazon, Prime Video, Spotify): Análisis de la Propuesta de Reglamento de portabilidad transfronteriza de contenidos en línea en el mercado interior», *ADI*, núm. 37, 2016-2017.
- DE LA VEGA MERINO, D., «El Derecho europeo y la libre circulación de contenidos audiovisuales en línea», *Actualidad Civil*, núm. 1, 2017.
- DE VREI, R. W., *Towards a European unfair competition law: a clash between legal families. A comparative study of English, German and Dutch law in light of existing European and international legal instruments*, Martinus Nijhoff, 2006.
- DUKE, A., «The Empire will Strike Back: the Overlooked Dimension to the Parallel Import Debate», *Melbourne University Law Review*, núm. 37, 2014.
- EIDENMÜLLER, H., *et al.*, «Towards a revision of the consume *acquis*», *Common Market Law Review*, vol. 48, núm. 4, 2011.
- ESCRIBANO COLLADO, P., «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de consumo. La posición de las Corporaciones Locales», en Font Galán-López Menudo (coord.), *Curso sobre el nuevo derecho del consumidor*, 1990.
- ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A., «¿Es posible un mercado único digital? Sobre la iniciativa europea para un mercado único digital», *La Ley mercantil*, núm. 15, 2015.
- FRANCESCHELLI, V., *To what extent does the principle of exhaustion of IP rights apply to the online industry?*, International League of Competition Law, Turín, 2014, disponible en <http://www.ligue.org/uploads/documents/2014RapportinternationalB15septembre.pdf>
- GONZÁLEZ PONS, E., *Prácticas agresivas y tutela del consumidor*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019.
- «El nuevo régimen de la venta a pérdida en España: el final de la adaptación pendiente de la ley de ordenación del comercio minorista a la directiva de prácticas comerciales desleales», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 18, 2019.
- GÓRRIZ LÓPEZ, C., *Distribución selectiva y comercio paralelo*, Civitas, 2007
- GOYDER, J., ALBORS-LLORENS, A., *Goyder's EC Competition Law*, 5.^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2009.
- GRIFFITHS, J., «Exhaustion and the alteration of copyright Works in EU copyright law – C-419/13) Art&Allposters International BV v. Stichting Pictoright», *ERA Forum*, vol. 17, núm. 1, 2016.
- HUTCHINSON, C. S., «Challenges to Competition of Geographic Restrictions to Online Sales of Goods and Digital Content, Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki», núm. 4, 2018.
- HENNING-BODEWIG (ed.), *International Handbook on Unfair Competition*, C. H. Beck-Hart-Nomos, 2013.

- HOFFMAN, J., «Crossing borders in the digital market: a proposal to end copyright territoriality and geo-blocking in the European Union», *George Washington International Law Review*, núm. 49, 2016.
- HOWELLS, G., WEATHERILL, S., *Consumer Protection Law*, 2.^a ed., Ashgate, 2005.
- HUGENHOLTZ, P. B., «The Wittem Group's European Copyright Code», disponible en https://www.ivir.nl/publicaties/download/ILS_29_chapter17.pdf.
- IBÁÑEZ COLOMO, P., «Article 101 TFUE and market integration», *Journal of Competition Law & Economics*, 12 (4), 2016.
- «Copyright licensing and the EU Digital Single Market Strategy», *LSE Working Papers*, 19/2015.
- JORDÁ CAPITÁN, E. R., «El bloqueo geográfico en las compraventas en línea con consumidores y empresas», *La Ley mercantil*, núm. 30, 2016.
- KLÖHN, L., «Private Versus Public Enforcement of Laws - A Law & Economics Perspective», 2010. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1730308>
- LAPENTA, G., «Vers in marché unique numérique, Geoblocage et portabilité transfrontière des services de contenu en ligne dans l'UE», *European Journal of Legal Studies*, núm. 9, 2017.
- LECZYEWICZ, D., WEATHERILL, S., *The images of the Consumer in EU Law. Legislation, Free Movement and Competition Law*, Hart Publishing, 2018.
- LÓPEZ-TARRUELA MARTÍNEZ, A., «El Reglamento 2018/302 sobre bloqueo geográfico injustificado y su relación con el criterio de las actividades dirigidas», *Bitácora Millenium DIPriv*, núm. 7, 2018.
- ARPIO SANTACRUZ, J., «La regulación del bloqueo geográfico y otras formas de discriminación en la UE», en Madrid Parra, A., *Derecho mercantil y tecnología*, Aranzadi, 2018.
- MAGGIOLINO, M. «Big data e prezzipersonalizzati», *Concorrenza e mercato*, núm. 1, 2016.
- MARTÍ MOYA, V., «La represión pública de la competencia desleal», *RDM*, núm. 291, 2014.
- «El modelo anglosajón y el *public enforcement*», en Miranda Serrano, L. M. (Dir.), *La protección de los consumidores en tiempos de cambio. Ponencias y comunicaciones del XIII Congreso de la Asociación Sainz de Andino*, Iustel, Madrid.
- «El Mercado único digital y las restricciones a la competencia en el comercio online de bienes», *ADI*, núm. 37, 2016/2017.
- «El *piecemeal approach* de la tutela pública del consumidor contra las prácticas desleales en España frente al modelo italiano», en Olavarría Iglesia, J., (Dir.), *Estudios in memoriam de don Manuel Broseta Pont*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MAZZIOTTI, G., SIMONCELLI, F., «Another breach in the Wall: copyright territoriality in Europe and its progressive erosion on the grounds of competition law», *Digital Policy, Regulation and Governance*, vol. 18, núm. 6, 2016.
- MICKLITZ, H. W., REICH, N., ROTT, P., *Understanding EU Consumer Law*, Intersentia, 2009.

- MIRANDA SERRANO, L. M., COSTAS COMESAÑA, J., (dirs.), *Derecho de la competencia, desafíos y cuestiones de actualidad*, Marcial Pons, 2018.
- MURRAY, G., «In search of the obvious: Groupement des Cartes Bancaires and “by object” infringements under EU competition law», *European Competition Law Review*, núm. 2, 2015.
- OKADA, T., «Third-degree Price discrimination with fairness-concerned consumers», *The Manchester School*, vol. 82, núm. 6, 2014.
- OPRESCU, G., ELEODOR, D., *The impact of the digital economy’s development on Competition*, International Conference of the Institut for Business Administration in Bucharest, 2014, disponible en http://www.srac.ro/calitatea/en/arhiva/supliment/2014/Q-as_Vol.15_S4_Sept-2014.pdf
- PAPANDROPOULOS, P., «How should price discrimination be dealt with by competition authorities?», *Concurrences*, núm. 3, 2007.
- POELZIG, D., «Private or Public Enforcement of the UCP Directive? Sanctions and Remedies to Prevent Unfair Commercial Practices», en VAN BOOM, W., GARDE, A. y AKSELI, O., *The European Unfair Commercial Practices Directive. Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, Ashgate, Surrey, 2014.
- PORFIRIO CARPIO, L. J., *La discriminación de consumidores como acto de competencia desleal*, Marcial Pons, 2002.
- ROTH, H. P., «Green-IT: BGH bestätigt UsedSoft-Rechtsprechung zur digitalen Erschöpfung beim Handel mit Gebrauchtssoftware», *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, núm. 59, 2015.
- ROTT, P., «Effective enforcement of consumer law: the comeback of public law and criminal law», en Devenney-Kenny (ed.), *European Consumer Protection*, Cambridge University Press, 2012.
- RUBIO VICENTE, P. J., «El principio del fin del bloqueo geográfico en el comercio electrónico transfronterizo», *RCD*, núm. 20, 2017.
- SÁNCHEZ ARISTI, R., OYARZABAL OYONARTE, N., «La Directiva (UE) 2019/790, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el Mercado Único Digital», *La ley mercantil*, núm. 60, 2019.
- SCHULTE-NOLTE, H., et al., *Discrimination of Consumers in the Digital Single Market*, disponible en <http://www.europarl.europa.eu/studies>.
- SERRANO GÓMEZ, E., *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Cuadernos Civitas, 2000.
- SCHMIDT-KESSEN, M. J., «EU Digital Single Market Strategy, Digital Content and Geo-Blocking: Costs and Benefits of Partitioning EU’s Internal Market», *Colum. J. Eur. L.*, núm. 24, 2018.
- SMITH, M. D., BAILEY, J., BRYNJOLFSSON, E., «Understanding Digital Markets: Review and Assessment», en Brynjolfsson, Kahin (eds.), *Understanding the Digital Economy: Data, tools and research*, MIT Press, Cambridge, 2000. Disponible en <http://digital.mit.edu/erik/ecommerce.html>.

- SOBOLEWSKI, M., GYÓDI, K., ZIEMBIŃSKI, M., «What drives price dispersion in European e-commerce industry?», disponible en http://coin.wne.uw.edu.pl/msobolewski/papers/online_price_dispersion.pdf
- SOLANO DÍAZ, P., «Price Parity Clauses: has the commission let slip the watchdogs of war?», *European Journal of Legal Studies*, vol. 9, núm. 1, 2016.
- SOYEZ, V., «The compatibility of MNF clauses with EU competition law», *European Competition Law Review*, núm. 3, 2015.
- STIGLER, G. J., «The Economists and the Problem of Monopoly», *University of Chicago Law Occasional Paper*, núm. 19, 1983. Disponible en http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1031&context=occasional_papers
- STOTHERS, C., *Parallel trade in Europe, Intellectual Property, Competition and Regulatory Law*, Hart Publishing, 2007.
- STROWEL, A., «From content portability to data portability: When regulation overlaps with competition law and restrictions can be justified by intellectual property», *Competition Law & Policy Debate*, núm. 2, julio 2016.
- STUYCK, J., «The Court of Justice and the unfair commercial practices Directive», *Common Market Law Review*, núm. 52, 2015.
- THOMMES, K., FAURE, M., HEINE, K., «The internal market and the consumers: What consumers actually chose», *Columbia Journal of European Law*, vol. 21, núm. 1, 2014.
- VALBUENA GONZÁLEZ, F., «La plataforma europea de resolución de litigios en línea (ODR) en materia de consumo», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 52, 2015.
- VEIGA COPO, A., SÁNCHEZ GRAELLS, A., «Discriminación por razón de sexo y prima del contrato de seguro. Apuntes críticos a la Sentencia del TJUE, de 1 de marzo de 2011, en el asunto C-236/09», disponible en <https://www.researchgate.net/publication/228246096>
- VESALA, J., «Geoblocking requirements in online distribution of copyright-protected content: Implications of copyright issues on application of EU antitrust law», *Michigan State International Law Review*, núm. 25, 2017.
- WHISH, R., BAILEY, D., *Competition Law*, Oxford University Press, 8.ª ed., 2015.
- WIEBE, A., «Geoblocking im Lichte von europäischem Recht und europäischer Rechtsprechung», *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, núm. 59, 2015.
- XALABARDER, R., sobre «La propiedad intelectual en la era digital» y disponible en http://www.uoc.edu/culturaxxi/esp/articles/xalabarder0602/xalabarder0602_imp.html

La consecución de un mercado único verdaderamente integrado es un anhelo para las instituciones europeas que reportaría innegables beneficios a la economía de la UE, muy retrasada en este ámbito frente a otros competidores globales. Este hecho ha motivado un activismo por parte de la Comisión en el análisis, detección y represión de determinadas conductas restrictivas de la competencia que pueden estar en la base del escaso desarrollo del comercio electrónico transfronterizo.

El geobloqueo, entendido como el rechazo a llevar a cabo transacciones económicas *online* por razón de la residencia o nacionalidad de quien las realiza, es una de las prácticas sobre las que más se ha puesto el foco de atención recientemente. El geobloqueo, que puede afectar tanto a la comercialización de bienes como de servicios, adquiere una especial significación cuando afecta a los servicios prestados de forma digital y ligados, con carácter general, a contenidos fuertemente protegidos por derechos de autor y, por ello, a este aspecto se dedica un apartado especial de la obra.

No pasarán desapercibidas las consecuencias de esta problemática sobre la compartimentación del mercado, por su clara configuración como obstáculo a la libre circulación. Sin embargo, por su carácter poliédrico, el geobloqueo proyecta sus efectos, asimismo, sobre el Derecho de defensa de la competencia cuando es impuesto, por ejemplo, en el seno de sistemas de distribución, o como posible práctica desleal por discriminatoria, cuando se ofrecen a adquirentes de diferentes Estados los mismos bienes o servicios en condiciones distintas.

Este trabajo, en definitiva, ha pretendido abordar la totalidad de estas perspectivas para ofrecer un estudio global y exhaustivo del fenómeno del geobloqueo.