



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

El Fenómeno del *Geoblocking* en el Mercado Único Digital

Presentado por:

Elena Rodríguez Higuera

Tutelado por:

Marina Echebarría Sáenz

Valladolid, 23 de Junio de 2021

ÍNDICE:

I.	INTRODUCCIÓN.....	6
II.	GEOBLOCKING	
II.1.	CONCEPTUALIZACIÓN	8
II.2.	INCIDENCIA EN EL MERCADO ÚNICO DIGITAL.....	12
II.3.	DEBATE SOBRE LAS CAUSAS JUSTIFICATIVAS.....	14
II.3.1	Objeciones derivadas del aumento de costes.....	19
II.3.2	Objeciones derivadas de las normas de propiedad intelectual.....	20
II.3.3	Objeciones derivadas de las “necesidades” del mercado.....	21
II.4.	REGULACIÓN NORMATIVA.....	25
III.	REGLAMENTO (UE) 2018/302	
III.1.	ADOPCIÓN.....	27
III.2.	ÁMBITO DE APLICACIÓN	32
III.3.	PROHIBICIONES DE GEOBLOCKING	
III.3.1.	En el acceso a interfaces en línea.....	39
a.	el bloqueo directo.....	40
b.	el bloqueo indirecto.....	41
c.	límites de la prohibición.....	43
III.3.2.	En el acceso a productos y servicios.....	45
a.	en cuanto a la compra de productos.....	46
b.	recepción de servicios <i>online</i>	47.
c.	recepción de servicios <i>offline</i>	48
d.	límites de la prohibición de <i>geo-filtering</i>	49.
III.3.3.	Por motivos relacionados con el pago.....	53
III.4.	LAS VENTAS PASIVAS.....	56
III.5.	EJECUCIÓN E IMPLEMENTACIÓN EN ESPAÑA.....	58
IV.	LÍMITES Y PROBLEMÁTICA DEL GEOBLOCKING	
IV.1.	LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LOS DERECHOS DE AUTOR.....	65
IV.2.	COMO RESTRICCIÓN DE LA COMPETENCIA.....	70
IV.3.	COMO ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL.....	77

V.	EVOLUCIÓN PROYECTADA. INFORME DE LA COMISIÓN EUROPEA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2020.....	82
VI.	CONCLUSIONES.....	87
VII.	BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA.....	95

ABREVIATURAS

ADI: Actas de Derecho Industrial

AJIL: *American Journal of International Law*

B.U. J. SCI. & TECH. L.: *Boston University Journal of Science & Technology Law*

B2B: *Business to Business*

B2C: *Business to Consumers*

CC. AA.: Comunidades Autónomas

CDFUE: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

CPC: *Consumer Protection Cooperation*

DMA: *Digital Market Act*

DSA: *Digital Services Act*

EEE: Espacio Económico Europeo

IDP: *Revista D' Internet, Dret i Política*

IJEIPL: *International. Journal of European and International IP Law*

JECLP: *Journal of European Competition Law and Practice*

LLD: La Ley Digital

MUD: Mercado Único Digital

ODR: *Online Dispute Resolution*

RADNT: Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TICs: Tecnologías de la Información y la Comunicación

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

UE: Unión Europea

RESUMEN

El comercio electrónico ha sido uno de los fenómenos que mayor crecimiento ha experimentado a lo largo de los últimos años. En este mercado digital han surgido nuevas prácticas que, de la misma manera que sucede en la modalidad presencial, podrían poner en riesgo los derechos de los consumidores y pueden llegar a falsear competencia. Uno de los máximos exponentes de este tipo de prácticas será el *geoblocking* o bloqueo geográfico, el cual permite discriminar a los clientes en base a su nacionalidad, residencia o establecimiento gracias a los medios que la tecnología proporciona. Por eso, y como parte de su Estrategia para el Mercado Único Digital, la Comisión Europea ha fomentado la regulación este fenómeno con el fin de evitar la discriminación proscrita en el artículo 18 TFUE y garantizar la libre circulación de productos y servicios en el marco de la Unión Europea. El Reglamento 2018/302 proporcionará un ámbito de protección a los usuarios del *e-commerce* en la Unión que ya no podrán sufrir el *geoblocking* o *geo-filtering* sin que exista una justificación objetiva.

ABSTRACT

E-commerce has been one of the fastest growing phenomena for the last years. In this digital market, new practices have emerged that, in the same way that happens in offline sales, might jeopardize the rights of the consumers, and can even distort competition. One of the greatest exponents of this type of practices will be geoblocking or geographic blocking, which allows to discriminate costumers based on their nationality, residence or establishment thanks to the means provided by technology. For this reason, as part of their Strategy for the Digital Single Market, the European Commission has encouraged the regulation of this phenomenon to avoid the discrimination proscribed in Article 18 TFEU and guarantee the free movement of goods and services within the European Union. Regulation 2018/302 provides a protection sphere so e-commerce users in the Union will not have to suffer the geoblocking or geo-filtering if there is not an objective justification.

PALABRAS CLAVE

Geoblocking, *geo-filtering*, redireccionamiento, *e-commerce*, Mercado Único Digital, bloqueo geográfico, Derecho Comunitario.

KEY WORDS

Geoblocking, geo-filtering, rerouting, e-commerce, Digital Single Market, Geographic Blocking, European Union Law.

I. INTRODUCCIÓN

Durante las últimas décadas hemos asistido a la aparición y desarrollo de una revolución digital cuyo alcance todavía no somos capaces de intuir y que encuentra expresión en la aparición de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs), las cuales han transformado todos los ámbitos de nuestra vida, desde la manera en la que nos relacionamos, a la manera en la que trabajamos y también, por supuesto, la manera en la que compramos y nos comportamos económicamente. Con el desarrollo de internet surge el comercio electrónico, una nueva forma de entender el mercado que ha derivado en la aparición de nuevos fenómenos tecnológicos capaces de afectar la vida de las millones de personas que cada día optan por el *e-commerce*.

Este desarrollo de la digitalización ha trascendido las fronteras nacionales y en la actualidad a dado lugar a uno de los proyectos más importantes de la Unión Europea, la Estrategia para un Mercado Único Digital. Este plan supone la traslación al mercado electrónico de la idea que dio origen a esta institución, la consecución de un mercado único sin fronteras interiores en el cual circulan libremente las personas, los capitales, las mercancías y los servicios. La Unión tratará de esta manera de acabar con las barreras jurídicas, técnicas y burocráticas obstaculizando artificialmente este fin.

La razón de ser de este objetivo será el bien general de los actores jurídicos de la Unión, ya que permite el acceso un abanico más amplio de bienes y servicios, favoreciendo a su vez la competencia y permitiendo que prospere la economía europea. Los oferentes tienen la posibilidad de acceder a un público exponencialmente superior al nacional, evitando barreras a las que anteriormente tenían que enfrentarse, y los consumidores o adquirentes podrán a su vez acceder a una oferta mucho más amplia lo cual, a su vez, les permitirá elegir entre productos o servicios más competitivos en su relación calidad-precio.

Estos ideas encontrarán su máximo exponente en el *e-commerce*, donde el abanico de oportunidades para todos los operadores será casi ilimitado pudiendo acceder a él cualquier persona, en cualquier momento y desde cualquier lugar. Ahora bien, de la misma manera que el mercado interior cuenta con disfuncionalidades, también contará con ellas el Mercado Único Digital. El crecimiento de este también ha

dado lugar a nuevos fenómenos de dudosa legalidad que aprovechan las posibilidades que la tecnología facilita para mejorar sus modelos de negocio.

Esto precisamente, junto al creciente interés por el comercio electrónico gracias a su expansión, especialmente desde la crisis del COVID-19, ha llevado a la Comisión Europea a redoblar sus esfuerzos para lograr eliminar las barreras dentro del este. De esta manera hemos podido asistir desde la publicación de la Agenda Digital para Europa en el año 2010 a la adopción de toda una serie de iniciativas que tratan de mejorar el *e-commerce*, el acceso a este, la competitividad dentro de él, etc.

Este es el contexto en el que encuentra expresión la prohibición de *geoblocking* o bloqueo geográfico. Este es uno de los fenómenos que permite configurar una barrera dentro del mercado digital y, en consecuencia, uno de los objetos de interés de la Comisión Europea desde el año 2015, en el cual publicó su Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa. El texto reconocía la posibilidad de discriminación en base a la nacionalidad, residencia o ubicación geográfica (restricciones contrarias a los principios básicos de la Unión) y proponía tomar medidas contra aquellos supuestos donde ésta no responda a unos motivos objetivos.

La propuesta culminó con la adopción del Reglamento 2018/302 que normativiza parcialmente el *geoblocking* con el fin de que no sea posible injustificadamente impedir el acceso a productos o servicios suministrados desde el extranjero o que se reciban más allá de las fronteras desde las cuales se contrata.

La aplicación de esta norma no será siempre pacífica, ya que no en todos los casos el *geoblocking* se configurará como un instrumento ilegal de compartimentación de mercados, sino que a veces cabrá establecer limitaciones en el acceso a productos y servicios en base a motivos justificados y dentro de los límites de la libertad de empresa. Además, será una figura conflictiva que en muchos casos lindará con otras instituciones como la propiedad intelectual, la competencia desleal y, muy especialmente, con el derecho de la competencia.

El propósito de este trabajo será analizar este fenómeno del *geoblocking*, comprender la incidencia que venía teniendo en el mercado único y cómo ésta motivó su regulación. A su vez analizaré el Reglamento 2018/302 y estudiaré su configuración y aplicación en el mercado, además de su vertiente práctica y sus limitaciones. Por

último, procederé a analizar cuál es la regulación del fenómeno proyectada que está previsto implementar en los próximos años.

II. GEOBLOCKING

II.1 CONCEPTUALIZACIÓN

La Comisión Europea en la Estrategia para el Mercado único Digital¹ presentada en el año 2015 definió el bloqueo geográfico como “*las prácticas utilizadas por razones comerciales por los vendedores en línea que dan lugar a la denegación del acceso a sitios web en otros Estados miembros*”. El Consejo Europeo lo define el bloqueo geográfico como la “*práctica discriminatoria que impide a los clientes en línea acceder a los productos y servicios y adquirirlos desde un sitio web alojado en otro Estado miembro*”²

Por *geoblocking* se entiende, por lo tanto, el impedir el acceso online a determinados productos o servicios a través de la geolocalización del cliente, siendo la segunda definición más fiel, ya que recoge no solo la posibilidad de que no se permita el acceso sino también que simplemente se impida de facto la adquisición. Aun así, no deja de ser una definición un tanto imprecisa al considerar que será en todo caso discriminatoria, no contemplar la redirección y solo prever los supuestos en los cuales se impide el acceso en base a la localización desde la cual se trata de acceder. Por estos motivos estas son dos definiciones muy simples que no exponen toda la complejidad de esta práctica comercial.

No hay una disposición legal que defina expresamente nuestro concepto, ni si quiera se encuentra entre las definiciones del artículo 2 del Reglamento 2018/302 en el que se regula, aunque la podremos inferir de sus artículos y considerandos. Lo podríamos definir como aquella práctica comercial potencialmente discriminatoria y anticompetitiva a través de la cual un comerciante bloquea o limita el acceso a sus interfaces en línea (bien no permitiendo el acceso, bien no permitiendo formalizar el

¹ COMISIÓN EUROPEA. *Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa*. Comunicación al parlamento europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones. 2015.

² CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. *Bloqueo geográfico: liberar el comercio electrónico en la UE* [sitio web] Políticas – Consejo Europeo

contrato) o redirecciona al cliente sin su consentimiento a una versión de la interfaz diferente basándose en su nacionalidad, lugar de residencia o establecimiento.

En esta línea se define el *geoblocking* en el informe preliminar de la Comisión Europea en la encuesta sobre el E-Commerce publicado en el año 2016, uno de los desencadenantes de la posterior regulación, en el cual se puso de manifiesto la habitualidad de este tipo de prácticas y la necesidad de abordar su regulación. Lo definía como la práctica comercial a través de la cual se impide llevar a cabo compras transfronterizas por los consumidores debido a que los vendedores “*refuse to sell to customers abroad, for example by blocking access to websites, re-routing customers to websites targeting other Member States or by simply refusing to deliver cross-border or to accept cross-border payments*”.³

Esto sería, en puridad, lo que podemos definir como bloqueo geográfico o *geoblocking* desde un punto de vista literal y estricto de la expresión, ya que todas son restricciones derivadas de la localización geográfica que “*bloquean*” el acceso o adquisición, ya sea impidiéndole acceder o negándose a proveerle el bien o servicio, ya sea redireccionándole a otra versión web.

Junto a estas dos primeras modalidades, también está considerado *geoblocking* aquellas prácticas por las cuales se cambian las condiciones generales de acceso a los productos o servicios por los motivos geográficos mencionados (*geo-filtering*⁴). Esto se referirá a las condiciones comerciales de adquisición, lo cual incluirá precio, sistemas de pago, servicio post venta, etc.⁵ Si bien es cierto que esto no impide el acceso o adquisición, también será una discriminación en el comercio on-line basada en motivos geográficos e igualmente supondrá una barrera al mercado único digital.⁶

³ COMISIÓN EUROPEA.. *Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry*. Documento de Trabajo del Personal de la Comisión, de 15 de Septiembre de 2016 P.109

⁴ MARTÍ, V. “Hacia un verdadero mercado único digital: la prohibición del bloqueo geográfico en las compras online transfronterizas” en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* n° 47, 2018. p.7

⁵ Esta clasificación no es unánime en la doctrina. FLOREZ, M. en su publicación “Are online consumers protected from geo-blocking practices within the European Union?” en *International Journal of Law and Information Technology* Volumen 26, Edición 2, 2018. p.123 distingue cuatro tipos de *geoblocking* desdoblando la discriminación en el precio y la discriminación indirecta (lo cual abarcaría el resto de las prácticas citadas). En este trabajo yo incluiré ambas clasificaciones dentro de las modalidades de *geo-filtering* tal y como lo hace la Comisión Europea en su documento de trabajo sobre los hallazgos en la encuesta sobre el comercio electrónico publicada el 18 de Marzo de 2016.

⁶ RUBIO, P. “El principio del fin del bloqueo geográfico en el comercio electrónico transfronterizo” en *La Ley Digital* n° 6262, 2017. pp. 1 y 2.

Todas las prácticas por lo tanto tendrán en común la motivación de la discriminación que dará el nombre al fenómeno, la geolocalización. Esta práctica en el mercado online es lo que determinará la negativa de venta derivada de, entre otros motivos, costes de envío más altos, normas más proteccionistas para con los consumidores, técnicas comerciales, etc.

La geolocalización será por lo tanto una práctica inseparable del *geoblocking* y se podrá producir a través de diversos medios. En el mercado digital se dará gracias al uso de instrumentos electrónicos para la compra. Se llevará a cabo habitualmente rastreo de la dirección IP del dispositivo, localizando la dirección del emisor del medio de pago o analizando la información aportada por el cliente⁷. Cabrá incluso que se lleve a cabo geolocalizando al consumidor a través del sistema GPS de sus móviles en caso de servirse de estos para la adquisición o contratación.

Como ciertos autores señalan acertadamente, será al final una barrera “*que, articulada sobre mecanismos de software específicos, es utilizada como mecanismo para discriminar consumidores basándose en su residencia y compartimentar, así, los mercados.*”⁸ Esta es la problemática de la práctica, que desemboca en la compartimentación de los mercados y no solo por motivos que objetivamente suponen una carga desproporcionada para el comerciante, sino también en aquellos casos en los que simplemente resulta más conveniente imponer unos precios y unas condiciones de venta diferenciadas.

La asimetría de precios será una práctica legítima en la medida en la que se base en alguna dificultad/facilidad para el comerciante, pero en ciertos casos como este, donde se puede llegar a impedir el acceso al servidor, no será legal la diferenciación si el cliente se encuentra en las mismas condiciones que el nacional del Estado donde el comerciante tenga su sede. En caso contrario lesionaría la prohibición de la “*discriminación por razón de la nacionalidad*” que el artículo 18 que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece.

Cabe que se base en una decisión unilateral (*geoblocking* unilateral)⁹ o puede derivar de un acuerdo (ya sea vertical, lo más habitual, u horizontal). Esto tendrá

⁷ MARTÍ, V. “Hacia un verdadero... en *RADNT* 47, 2018. p.7

⁸ MARTÍ, V. “Hacia un verdadero... en *RADNT* 47, 2018. p.6

⁹ MARTÍ, V. “Hacia un verdadero... en *RADNT* 47, 2018. p.7

importantes consecuencias ya que en el primer caso solo excepcionalmente afectará al derecho de la competencia (únicamente en aquellos casos en los que el operador ostente una posición dominante), mientras que en el segundo caso sí que se configurará más habitualmente como una práctica anticompetitiva.

Como se analizará, al implicar a diversos operadores podrá, en el caso de darse a través de un acuerdo vertical en el marco de contratos de distribución, atentar contra el artículo 101 TFUE considerándose una práctica colusoria. Por su parte, en caso de darse a través de un pacto incluido en un acuerdo horizontal (entre competidores), podrá infringir este mismo artículo al dar lugar a un cártel.

Hay que decir que en ciertos casos el geobloqueo estará justificado¹⁰, por eso es importante matizar que, si bien supone una barrera para mercado único digital, ya que siempre será una restricción para los clientes o consumidores, no siempre será ilegal en la medida en la que podría estar objetivamente justificada.

El *geoblocking* como concepto podrá aplicarse no solo a escala Europea sino a escala internacional, estando en todo caso basada en la prohibición de acceso por la localización geográfica del cliente. En este trabajo me centraré en la vertiente comunitaria del problema, especialmente conflictiva debido a la configuración del mercado único en la cual está prohibida la discriminación, sin importar la residencia, nacionalidad o lugar de establecimiento del cliente en cada caso tal y como configura el artículo 18 del TFUE.

No será el único precepto comunitario que se podrá ver afectado por el *geoblocking*. Como ya se ha mencionado también pondrá en cuestión el mercado único que el artículo 26 del TFUE crea, además de en consecuencia afectar al artículo 114, aquel que impone la adopción de medidas legislativas para garantizarlo.

Además, también se ha mencionado su posible incidencia sobre el Derecho de la competencia¹¹ ya que en caso de geobloqueo unilateral, si el comerciante realiza su actividad desde una posición de dominio será posible que se califique la práctica como anticompetitiva. En caso de no ser unilateral, sino de derivar de algún tipo de acuerdo horizontal o vertical, podrá configurarse como una práctica colusoria al compartimentar

¹⁰ MARTÍ, V. "Hacia un verdadero... en *RADNT* 47, 2018. p.9

¹¹ RUBIO, P. "El principio del fin... *LLD* 6262, 2017. p.3

ilegalmente el mercado. Los artículos 101 y 102 del TFUE junto con el Reglamento 330/2010 regulan este tipo de prácticas y que, por tanto, habrá que tenerlos en cuenta llegado el caso.

En definitiva, el *geoblocking* será aquella práctica a través de la cual se impide la contratación de bienes o servicios basándose en motivos geográficos o nacionales. De esta manera impone barreras artificiales al mercado único que existe normativamente pero que presenta disfunciones en la práctica, al mercado único digital específicamente, derivándose de este hecho su conflictividad y, eventualmente, su ilegalidad.

II.2 INCIDENCIA EN EL MERCADO ÚNICO DIGITAL

Antes de la entrada en vigor del Reglamento 2018/3012, el encargado expresamente de regular este tipo de prácticas, se llevó a cabo un estudio por parte de la Comisión Europea de la situación del mercado online¹². En él se analizaron los problemas que encontraban los clientes a la hora de contratar bienes o servicios más allá de sus fronteras. En el estudio de la Comisión se averiguó que el 21% de los ciudadanos de la Unión sufrían impedimentos a la hora de contratar entregas transnacionales o por el uso de instrumentos de pago extranjeros.

Este aspecto se ve más o menos acrecentado según el país en cuestión. En el caso de España, en el año 2018, decían enfrentarse a este tipo de impedimentos un 8.4% de los consumidores, aunque podía observarse una tendencia a la baja desde el año 2014, reduciéndose en este problema alrededor de siete puntos porcentuales. De hecho, junto a Hungría, éramos el país donde el menor número de consumidores afirmaba haber sufrido tipo de prácticas. En la otra cara de la moneda se encontraba Malta o Irlanda, en las cuales, por su insularidad, más de un 70% de los consumidores habían sufrido este tipo de problemas a la hora de comprar online.

¿Cuáles eran estos impedimentos? Conforme al estudio mayormente se impedía la contratación de bienes o servicios principalmente por la negativa a la entrega en el

¹² COMISIÓN EUROPEA, *Survey on Consumers attitudes towards cross-border and consumer-related issues 2018 - Final Report*. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2019 PP. 162-172.

lugar solicitado, seguida de la redirección y finalizando con la negativa de los instrumentos de pagos (con un 12%, 10% y casi un 5% respectivamente).

Además, resultaba ser también a su vez un fenómeno que variaba dependiendo del sector en el que se enmarcara. En otras estadísticas de la Comisión¹³ publicadas en el año 2016 y que pretendían analizar el comercio electrónico, se refleja que, por ejemplo, en el sector de los servicios de viaje, como se puede deducir de su naturaleza, este tipo de prácticas solo se daban en el 33% de las páginas web, mientras que en otros servicios como el de venta de dispositivos electrónicos esta práctica se disparaba, alcanzando casi el 80% de las webs que ofrecían su venta. En conjunto esta praxis se daba en el 63% de las webs, no permitiendo la compra de productos desde otros países comunitarios.

Este tipo de prácticas no siempre se daban explícitamente. Otro requisito muy dado en la venta online como era el de registro en la web para proceder a la compra es otro medio en el cual se manifestaban este tipo de restricciones anticompetitivas. En el 92% de las páginas se requería este tipo de registro y casi en el 50% de los casos se impedía completarlo o se provocaban problemas en el sistema al detectar que la dirección de entrega se encontraba en otro Estado miembro.

Cabía incluso que, una vez logrado el registro, al establecer el lugar de entrega, no se permitiera finalizar la operación. Esto sucedía en alrededor del 32% de los casos. Ocurría a su vez que, una vez registrado todo lo anterior sin impedimentos, se rechazara el método de pago, sucediendo en un 26% de los casos.

En conjunto solo el 36% (un 41% en el caso de España) de las webs permitían a los clientes comprar online desde otro Estado miembro de la Unión, suponiendo una práctica perjudicial para la competencia además de discriminatoria para los ciudadanos comunitarios. Esto suponía una gran brecha en el mercado único además de suponer una barrera para la consecución de un mercado único digital funcional o efectivo.

¹³ COMISIÓN EUROPEA. *Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry*. Documento de Trabajo del Personal de la Comisión, 2016 PP. 109-136. Asimismo, *Mystery Shopping survey on territorial restrictions and geo-blocking in the European Digital Single Market*. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. 2016. PP. 2-6

Además, la investigación de la Comisión reflejaba que tan solo el 20% de las ventas en la web se realizaban desde el extranjero, reflejando claramente la falta de fluidez intercomunitaria en el sector digital. Ahora bien, esto no se podrá achacar en exclusiva al *geoblocking*, hay otros motivos como los costes derivados del IVA, adaptación de sus webs, costes de envío y devolución, etc. que empujan a los vendedores a no permitir las adquisiciones desde fuera de sus fronteras.¹⁴ Estos hallazgos motivaron toda una serie de adopciones normativas por parte de la Unión dentro de su estrategia de Mercado Único Digital que, sumadas a la regulación del fenómeno del bloqueo geográfico, han tratado de dinamizar el mercado interior reduciendo las barreras legales que derivaban en las estadísticas vistas.

II.3 DEBATE SOBRE LAS CAUSAS JUSTIFICATIVAS

El *geoblocking*, como ya se ha mencionado, es una práctica que no es necesariamente ilegal, sino que dependerá del motivo que la justifique ya que también cabrá que simplemente un ofertante no dirija su oferta a un determinado público y decida no abastecerles. En caso contrario se estaría violando la libertad de empresa que reconoce el artículo 16 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, uno de los ámbitos en los que se manifiesta del derecho a la libertad, que, si bien no se recoge expresamente en la Carta, es reconocida por el TJUE. Además, cabría ver una violación de la libertad de contratación que los ordenamientos jurídicos europeos reconocen siendo uno de los pilares del derecho continental (en España recogido en el artículo 1255 del Código Civil y que cuenta con un reflejo más o menos exacto en todos los Estados)¹⁵

La problemática deriva de que los motivos que llevan a los comerciantes a impedir el acceso de ciertos usuarios o imponerles unas condiciones contractuales diferenciadas a las de los nacionales, ya que en ciertos casos serán razones discriminatorias. Por otro lado, también hay que tener en cuenta que la lógica económica en principio llevará al oferente a intentar vender sus productos y ofrecer sus

¹⁴ COMISIÓN EUROPEA. *Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry*. Documento de Trabajo del Personal de la Comisión, 2016 PP. 126 y 127

¹⁵ PARLAMENTO EUROPEO. *Discrimination of Consumer in the Digital Single Market*. Directorate General for Internal Policies, Policy Department A: Economic and Scientific Policy. Noviembre de 2013. P. 29

servicios en tantos mercados como le sea posible, en caso de no hacerlo siempre habrá un motivo de fondo, sea este más o menos válido o más o menos cuestionable¹⁶.

Uno de los primeros estudios llevados a cabo en la materia en la Unión llamado “*Discrimination of Consumer in the Digital Single Market*” y publicado en el año 2013 por el *Policy Department A* del Parlamento Europeo ya recoge los motivos más habituales por los cuales los empresarios decidían diferenciar consumidores según su nacionalidad o residencia¹⁷:

- Los costes financieros directos (debidos al IVA¹⁸, los derechos de autor de ciertos productos, etc.)
- Costes derivados del cumplimiento de las diferentes obligaciones legislativas de cada país, también debido a la implementación desigual de las Directivas.
- Incertidumbre regulatoria e informativa en aspectos como los derechos de autor, la concesión de licencias de descarga, implementación de Directivas, etc.
- Por los titulares de los derechos en los contenidos digitales
- Por el procesamiento de los pedidos y los pagos (tipos de cambio, verificación de la dirección, los métodos de pago, etc.)
- Por los costes más altos de transporte y entrega
- Debido a la Estructura Corporativa (Este sería el caso por ejemplo de las redes de franquicias en las que los franquiciados tienen su propia política de precios¹⁹).
- Debido al gasto que supondría garantizar unos buenos servicios de ayuda y postventa al consumidor además del coste que implicaría permitir otros idiomas

¹⁶ MARTÍ, V. “Hacia un verdadero... en *RADNT 47*, 2018. p.14

¹⁷ PARLAMENTO EUROPEO. *Discrimination of Consumer in the Digital Single Market*. Directorate General for Internal Policies, Policy Department A: Economic and Scientific Policy. Noviembre de 2013. PP. 15-17.

¹⁸ Ha de tenerse en cuenta que este supuesto ha sido reformado recientemente para dar un nuevo tratamiento a las reglas rigiendo el comercio electrónico y las actividades *business-to-consumer* (B2C) facilitando la tributación de los vendedores y derribando una importante barrera para el Mercado Único Digital Europeo. Esto ha sido articulado a través de las Directivas 2017/2455 y 2019/1995 y el Reglamento de Ejecución 2019/2026. Destaca especialmente la creación de “La Ventanilla Única” (*One Stop Shop/OSS*) que permite a los vendedores registrarse electrónicamente a efectos del IVA en un único Estado Miembro fomentando el comercio interior. COMISIÓN EUROPEA. *VAT for e-commerce*. [sitio web] Fiscalidad y Unión Aduanera – Comisión Europea.

¹⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Impact Assessment Accompanying the document proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on addressing geo-blocking and other forms of discrimination based on place of residence or establishment or nationality within the Single Market*. Documento de Trabajo del Personal de la Comisión, de 25 de mayo de 2016. p. 129.

(referido al precio de adaptar la página web ofertante, el mencionado servicio de ayuda y demás gastos similares que esto podría generar)

- Por motivos fundados en la demanda de los consumidores, debido a factores culturales, poca disposición a pagar el precio fijado por el vendedor, etc.
- Por el coste de tener que cumplir diferentes regulaciones relativas a las transacciones con los consumidores.
- Los mayores costes de reclamación y litigiosidad debido al riesgo de fraude o impago en las ventas transnacionales si lo comparamos con el coste que tendrían que asumir en caso de ser nacionales.

Hay que recordar que el geobloqueo puede referirse a bienes o a servicios, lo cual también implicará diferencias. Muy especialmente en los servicios digitales en los cuales no tienen sentido algunas de estas justificaciones, por el ejemplo el de los gastos de entrega u envío. En cambio, otras justificaciones cobran aquí todo su sentido, como por ejemplo es el caso de los derechos de autor e imposiciones por parte de los titulares de los contenidos digitales.

Posteriormente la Comisión llevó a cabo una consulta pública para poder conocer las posiciones al respecto del geobloqueo por parte de los diferentes operadores involucrados, los consumidores y asociaciones de consumidores, los empresarios y asociaciones de empresarios y los Estados miembro y sus autoridades estatales en la materia.

Son especialmente interesantes las respuestas de los empresarios ya que comprenden los motivos que, desde su punto de vista, justificarían el *geoblocking*, señalando aproximadamente los mismos enumerados en el estudio anterior con, excepcionalmente, alguna incorporación. Por ejemplo, una de las novedades señaladas es que para los empresarios y sus asociaciones también lo justificaría “*ofrecer un servicio mejor y más adaptado a los clientes*” siendo esto algo que en su opinión favorece a los consumidores, ya que recibirán información sobre productos que “*estén adaptados al mercado doméstico del consumidor*”²⁰.

²⁰ COMISIÓN EUROPEA. *Informe de Síntesis. Resumen de las respuestas a la consulta pública de 2015 de la Comisión Europea sobre «Geobloqueo y Otras Restricciones Geográficas a las Compras y el Acceso a la Información en la UE»*. Directorate-General CONNECT. 18 de Marzo de 2016.

A pesar de todo esto, la mayoría reconocen que el geobloqueo establece una barrera en el mercado, pero una gran parte de ellos opinan que son prácticas justificadas. De hecho, la mayoría de los encuestados dentro de estos operadores estaban en contra de la regulación específica de estas prácticas, incluso en los casos en los que el adquirente organizaba la entrega y esta para él se producía en su zona de actividad habitual. No creían que se debiera obligar a aceptar transacciones en ningún caso.

Las asociaciones empresariales tenían en este sentido una postura diferente y estaban a favor de la regulación del geobloqueo injustificado, pero desde posturas mucho más conservadoras que las de los consumidores, abogando por evitar medidas legislativas (defendiendo la libertad de empresa y la libertad de contratación, aunque excepcionando el caso anterior en el que el adquirente organiza su entrega, lo cual consideraban en cualquier caso injustificado).

En cambio, preguntándoles por los efectos que tendría prohibir el bloqueo, la mayoría manifestaban creer que tendría efectos positivos para el comercio transfronterizo, especialmente el comercio electrónico, para la economía y para su sector empresarial. Solo una parte minoritaria temía efectos que limitasen la competencia. Desde su punto de vista solo los grandes comerciantes podrían asumir la obligación de vender sin que su negocio dejara de reportarles beneficios (debido a los costes administrativos, fiscales, técnicos y de demás índole que tendrían que asumir. También se podría señalar el peligro de parasitismo de los grandes operadores digitales respecto de los físicos²¹.

Pero, si la mayoría creía que tendría efectos positivos no solo para la economía, sino también para su sector, ¿por qué optan por la desregulación? Por ejemplo, más de la mitad estaban en contra de la adopción de medidas como el aviso expreso de redirección. No era una postura con la que los empresarios se sintieran cómodos ya que en esta pregunta mostraron porcentajes excepcionales de abstención.

Respondían que la prohibición de geobloqueo podría tener efectos positivos para su sector, pero por otro lado creían que la adopción de medidas sería negativa por el aumento de los costes administrativos, de marketing, de diseño web, etc. Solo coinciden

²¹ MARTÍ, V. “Obstáculos al mercado único digital y restricciones de la competencia en el mercado online de bienes” en Actas de Derecho Industrial nº 37 (2016-2017) p. 60

en la necesidad de definir qué prácticas estarían justificadas y cuáles no, es decir, solo se manifestaban en pro de la seguridad jurídica. Defendían la adopción de medidas para una mayor transparencia, pero no estaban a favor de la regulación, sino que consideran la geodiferenciación necesaria e incluso positiva para el mercado.

Lógicamente los consumidores se manifestaron a favor de la regulación de esta práctica. Esto es evidente ya que, en estos casos, más allá del posible peligro de reducción del número de operadores (por solo poder soportar la regulación los de mayor tamaño), reducción de la oferta y consecuente aumento de precio, parece que solo les reportaría beneficios. Aumentaría la oferta, aumentaría la competencia, podrían reducirse los precios, etc.

La contraposición de intereses en este ámbito es más que evidente, ¿pero está realmente justificado el *geoblocking* según los motivos aportados por los empresarios?

Podemos clasificar los diversos motivos por los cuales los empresarios justifican el *geoblocking* en tres grandes bloques: debido al aumento de los costes, debido a las normas sobre propiedad intelectual y por “necesidades” del mercado.

Dentro del motivo del aumento de costes podemos incluir todos los motivos ya mencionados: costes de envío, fiscales, derivados de divergencias legislativas, litigiosidad, servicio postventa, etc.

Dentro de las normas de propiedad intelectual como justificación se incluyen los derechos de autor, licencias, permisos del titular, etc.

El último bloque, el que yo denomino motivos justificados por supuestas necesidades del mercado, englobaría aquellos casos donde el *geoblocking* es respaldado por sus defensores amparándose en circunstancias que desde su punto de vista justificarían su práctica e incluso la requerirían. Dentro de este apartado se pueden incluir objeciones como aquellas en las que se defiende que el geobloqueo deriva de la estructura corporativa, en que se impone para no empeorar el servicio, está justificado por la falta de demanda o los motivos aducidos para defender que si no perjudicaría al mercado en su conjunto y generaría inseguridad jurídica.

II.3.1. OBJECIONES DERIVADAS DEL AUMENTO DE COSTES

Las justificaciones para defender el geobloqueo debido al coste que supondría para los empresarios puede que sea uno de los más claros y razonables. Hay que destacar el coste debido a las divergencias nacionales en las declaraciones del IVA, normativas de consumo, etc.

Aunque esto tampoco es rigurosamente cierto. No siempre la nacionalidad o la residencia del adquirente producirá más costes de los habituales ya que también se engloban como *geoblocking* los casos en los que se niega el producto/servicio pese a llevarse a cabo la entrega de un producto en el territorio de actuación habitual del ofertante. Hay que tener en cuenta que tampoco se podrá obligar a vender en todo caso ya que esto conculcaría la libertad de empresa (art.16 CDFUE) y de contratación reconocidas en la Unión Europea.

Por este motivo habrá casos en los que efectivamente se haya de asumir el gasto, en cuyo caso estará justificado el *geoblocking* como parte de la libertad de empresa. También habrá casos en los que se entienda discriminatoria y carente de motivación objetiva negar los productos o servicios y en estos casos no cabrá escudarse en estas razones.

A pesar de lo dicho, y como parte de la estrategia de la Unión para mejorar la circulación de bienes y servicios en el Mercado Único, se proyectan ciertas reformas y se han tomado medidas para armonizar las legislaciones europeas en algunos de estos aspectos. Ya se han adoptado normas para facilitar los envíos y servicios de paquetería como es el caso del Reglamento 2018/644 “*sobre los servicios de paquetería transfronterizos*” que pretende unos mejores servicios de paquetería y una mayor transparencia en sus precios por parte de las empresas dedicadas a esta actividad. En materia de derechos de los consumidores se ha adoptado el Reglamento 2017/2394 “*sobre la Cooperación entre autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación en materia de protección de consumidores*” y respecto del IVA ya se han adoptado Directivas (como la Directiva 2017/2455 o la Directiva 2019/1995, parte del *VAT e-commerce package*) simplificando las obligaciones para las compañías que lleven a cabo ventas transfronterizas y que ya han sido traspuestas en el RDL 7/2021 de 27 de Abril.

II.3.2. OBJECIONES DERIVADAS DE LAS NORMAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

En el caso de las barreras debidas a los derechos de autor y de propiedad intelectual también es una barrera justificada ya que por la configuración actual de estos en la Unión se organiza a través contratos de licencia que usualmente son de carácter nacional y exclusivo, en vez de lo ideal, las licencias paneuropeas. Los oferentes de este tipo contenido en caso de no respetar estos acuerdos se enfrentarían a las medidas legales que pudiera adoptar el titular de los derechos. Si bien es cierto que no es lo más positivo para el Mercado Único, es la regulación vigente y, pese a suponer una barrera para el mercado, el *geoblocking* será necesario en estos casos si no se quiere incurrir en una ilegalidad. Por este preciso motivo, conscientes de que esta es quizás una de las mayores barreras para el Mercado único Digital la Unión Europea ha querido dar pasos en la dirección de cambiar esta normativa.

Fruto de este espíritu ha promulgado la Directiva 2019/789 para facilitar el acceso a programas de radio y televisión en línea desde fuera de las fronteras nacionales a través de la facilitación de la concesión de licencias. También se trata de lograr esto con la Directiva 2019/790 “*sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital*” que deberá ser transpuesta antes de Junio de 2021 con la cual también se pretende avanzar en el Mercado Único Digital estableciendo excepciones a los derechos de autor y facilitando la concesión de licencias sin que los autores vean sus intereses perjudicados.

No dejan de ser en cualquier caso medidas parciales ya que continúa siendo uno de los motivos más frecuentes por los cuales se debe aplicar el bloqueo geográfico. De hecho, como se expondrá próximamente, este fue uno de los temas más controvertidos a la hora de adoptar el Reglamento 2018/302 encargado de regular esta práctica. Por este motivo, en la revisión del Reglamento publicada recientemente, las consecuencias que tendría la ampliación del reglamento para abarcar también este tipo de contenidos es uno de los aspectos que más se analizan y se debaten.

Siempre fue uno de los objetivos del Reglamento evolucionar e incluir también la regulación del *geoblocking* en las obras protegidas por derechos de autor ya que

logaría resultados mucho más ambiciosos, motivo por el cual se incluyó expresamente entre las materias a examinar en la revisión (recogidas en el artículo 9.2).

Esta será una materia en la que entran en juego diversos intereses contrapuestos que habrá que compatibilizar. Los consumidores, como es lógico, tendrán interés en el acceso de contenidos protegidos por este tipo de derechos en internet con las condiciones más beneficiosas posibles, independientemente de que sea el proveedor nacional o no. Los autores también tendrán interés en ver sus obras protegidas, a la vez que los explotadores de estos derechos también tendrán interés en aprovechar estos de la manera más beneficiosa posible (que normalmente irá de la mano de la compartimentación y la asimetría de precios). También tenemos que recordar que las creaciones de estos autores enriquecen nuestra cultura, y por lo tanto se ha de garantizar mecanismos para que los autores puedan decidir el destino de sus obras a la vez que pueda su explotación sustentar su economía, garantizando el futuro sus profesiones.

La configuración actual de los derechos de propiedad intelectual permite a los autores conceder licencias nacionales exclusivas, por este motivo, aunque no sea la decisión que más beneficie al mercado único, será una decisión perfectamente legítima. En todo caso habrá que abordar la problemática a través de la reforma de la legislación reguladora de estos derechos o incluso a través del establecimiento de un régimen unificado de los derechos de autor que realmente potencie las licencias paneuropeas²². Si la regulación no toma esta dirección la simple ordenación al respecto del *geoblocking* solo tendría efectos limitados.

II.3.3. OBJECIONES DERIVADAS DE “NECESIDADES” DEL MERCADO

Por último, aquellos motivos por supuestas necesidades del mercado serán quizás de los más problemáticos a la hora de abordar el *geoblocking*. Algunas de las prácticas perjudiciales para la competencia se articulan a través de estas decisiones que supuestamente justifican la geodiferenciación pero que es posible que obedezca a motivos menos honorables.

²² MARTÍ, V. *Geobloqueo y el Comercio Electrónico*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2020 PP. 89-97

Ha de puntualizarse que estos motivos alegados por algunos de los operadores y que he englobado bajo esta denominación de necesidades del mercado, pese a ser quizás las más discutibles al no derivar de un hecho objetivo o de una obligación normativa, cabe que sean motivos legítimos y deben ser ponderados.

Hay que tener en cuenta que en esta categoría se trata de abarcar aquellos supuestos en los cuales los operadores que defienden el *geoblocking* entienden que hay una necesidad que, si bien no venga impuesta por ninguna norma o no se pueda cuantificar, desde su punto de vista existe y justifica esta práctica al entender que si no el mercado o los empresarios se verían perjudicados. En algunos casos puede que intenten enmascarar otros motivos inconfesables para oponerse al bloqueo geográfico, pero no necesariamente. Por eso deberán ser valorados objetivamente para ver si realmente están o no están sustentados.

En el caso de la estructura corporativa es posible que en realidad se esté tratando de llevar a cabo una práctica colusoria o se esté abusando de una posición de dominio, en cuyo caso constituirá una práctica contraria al derecho de la competencia y los artículos 101 y 102 del TFUE. También podrá ser una conducta de competencia desleal en ciertos supuestos²³. Dependerá de la posición jurídica de los operadores y habrá que valorarlo en cada caso dependiendo de si existen circunstancias objetivas que justifiquen la discriminación o si, por el contrario, se trata de una práctica ilegítima.

En el caso de la falta de demanda es un motivo legítimo para no dirigir la demanda a un territorio concreto (por ejemplo, porque no es un producto culturalmente comprendido). Este dirigir la actividad a un mercado promocionado tu producto y tratando de captar una determinada clientela se considera venta activa. En cambio, en el caso de las ventas pasivas, aquellas realizadas sin que el oferente se hubiera dirigido o promocionado esa clientela, el *geoblocking* carecería de sentido si no está acompañado de algún perjuicio concreto para el empresario por la lógica económica a la que ya se ha aludido.

Asimismo, el motivo de la supuesta mejora del servicio en caso de, por ejemplo, redirigiendo automáticamente a la dirección web nacional, es cierto que puede ofrecer ciertas ventajas para el cliente, pero deberá ser decisión suya el elegir una web u otra,

²³ MARTÍ, V. *Geobloqueo y ...* pp. 43-44 y 61-69

permitiéndole comparar y contrastar si realmente para él es preferible su página nacional. El *geoblocking* automático simplemente alienará la decisión al interesado, lo cual no estará justificado. Como señala el Estudio del Parlamento del año 2013²⁴ debería en todo caso requerirse su consentimiento, o si no, como mínimo, debe ser consciente del *rerouting*.

En el caso de la incertidumbre sí que puede ser un factor determinante para los empresarios. Es cierto que hay aspectos en los cuales por ejemplo podría homogeneizarse más la regulación ya que sin duda también será una barrera para el mercado europeo exigir a sus empresarios el conocimiento de 27 legislaciones diferentes. Hay campos donde existe cierta incertidumbre, como en la aplicación del Reglamento Roma I. También hay campos donde las legislaciones comunitarias siguen siendo muy diversas, como en el caso de la protección de los consumidores.

En cualquier caso, como ya se ha mencionado, la Unión está tratando de adoptar medidas legislativas que unifiquen algunos de estos aspectos, a la par que el TJUE ha tratado de clarificar aquellas disposiciones más conflictivas²⁵. La incertidumbre, si bien es un motivo para no dirigir la actividad fuera de las fronteras, no podrá ser un criterio para rechazar *a priori* a los clientes debido a su residencia o nacionalidad, solo lo será en caso de tener una justificación objetiva por razones de eficiencia económica, pero no por la simple incertidumbre en sí misma.

Por último, el motivo del supuesto perjuicio al mercado que causaría no tomar medidas de bloqueo geográfico es defendible, pero siempre desde el cumplimiento de las previsiones legales. Si a través de una supuesta defensa del sector o del mercado se llevan a cabo prácticas discriminatorias o anticompetitivas el fin no justificará los medios. Se deberán cumplir las previsiones legales, en caso contrario serían un simple brindis al sol, una idea inadmisibles en un estado de Derecho.

Los estudios de la Comisión no parecen apuntar en esta dirección de perjuicio para la economía europea, sino todo lo contrario, previendo la prohibición de *geoblocking* como un método de impulso para la economía digital, de hecho, el objetivo de su regulación por parte de la UE era “*augmentar las oportunidades para los*

²⁴ PARLAMENTO EUROPEO. *Discrimination of Consumer...* p.76

²⁵ MARTÍ, V. *Geobloqueo y ...* pp. 31 y 37

consumidores y las empresas que realizan compras transfronterizas”²⁶ lo cual los estudios apuntaban a que impulsaría el crecimiento, aumentaría el consumo y reduciría los precios medios en todo el mercado interior²⁷. Por eso, este tipo de argumentos deberán ser objeto de estudio y discusión, pero no será posible para los operadores tomarse la justicia por su mano y tomar medidas discriminatorias sin más justificación que su sentido del deber y su idea de lo que debería ser el mercado.

Quiero destacar un estudio de la Comisión Europea²⁸ publicado en febrero del año 2016 en el cual se estudia a través de un algoritmo cómo se vería afectado el mercado *on-line* y presencial de productos electrónicos (un mercado de alrededor de 45 billones de euros) tanto en caso de que se prohibiese el geobloqueo total o parcialmente. Conforme a su modelo matemático la prohibición total produciría beneficios tanto para los compradores como para los vendedores, beneficiándose proporcionalmente más a los consumidores (que se calcula que ganaría 500 millones de euros frente a los 283 de los productores, tampoco nada despreciables) debido al aumento de la competencia y la reducción de los precios (especialmente en los países con precios comparativamente más altos) tanto en el mercado en línea como en el mercado presencial con una reducción de precios del 1 y el 0.5 % respectivamente. El comercio de este tipo de productos se incrementaría en 630 millones de euros aproximadamente.

En el caso de la supresión parcial de esta práctica comercial, lo que en el documento de trabajo se denomina “*shop like a local*” y que consiste en que solo se prohíbe el *geoblocking* en los casos en los cuales la persona objetivamente se encuentra en las mismas condiciones que los locales, es decir, en los casos en los que se garantiza la recogida presencial por uno mismo o a través de un intermediario (más aproximado a lo acogido por el Reglamento 2018/302), también quedan acreditados los beneficios que supondría para ambas partes contractuales, en menor medida que en el caso de supresión total, pero a pesar de todo suponiendo para los consumidores y productores 350 y 184 millones de euros de beneficios respectivamente.

²⁶ COMISIÓN EUROPEA. *Informe sobre la primera revisión a corto plazo del Reglamento relativo al bloqueo geográfico*. Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnología. 30 de Noviembre de 2020. p. 3

²⁷ PARLAMENTO EUROPEO. *Extending the scope of the geo-blocking prohibition: An economic assessment*. Directorate General for Internal Policies, Policy Department A: Economic and Scientific Policy. Febrero 2017. p. 60

²⁸ COMISIÓN EUROPEA. *The Economic Impact of Removing Geo-blocking Restrictions in the EU Digital Single Market*. Instituto de Prospectiva Tecnológica. Febrero 2016. pp. 16- 19

Este estudio concluye entendiendo extrapolable a los demás sectores del mercado todos estos beneficios que, si bien crecerían en menor medida que el electrónico (recordemos que este es uno de los más afectados por este tipo de prácticas)²⁹ todavía incrementaría los beneficios de los consumidores más de un 1% (experimentando especialmente beneficios los procedentes de países pequeños que en general sufren más el geobloqueo) y, de hecho, los vendedores y productores se calcula que se verían aún más beneficiados que los adquirientes ya que podrían beneficiarse de la reducción de costes debido a las economías de escala.

En definitiva, todos estos motivos para poder justificar el *geoblocking* deberán suponer objetivamente una carga para el empresario que no tenga por qué soportar. Si bien la Unión reconoce la libertad de empresa y la libertad contractual este tipo de prácticas pueden ser perjudiciales para los consumidores y para la competencia. El geobloqueo es, además, uno de los instrumentos de discriminación que potencialmente atentarán contra el artículo 18 del TFUE, y, como tal, deberá garantizarse la adopción de las medidas legislativas necesarias para prohibirlo en caso de no responder a unos parámetros objetivos y basarse simplemente en la nacionalidad o residencia del consumidor.

II.4 REGULACIÓN NORMATIVA

La regulación normativa de *geoblocking* cuenta con un Reglamento, aunque este deberá complementarse con otras disposiciones normativas que de manera más o menos tangencial incidirán en esta práctica.

La norma concebida expresamente para su regulación es el Reglamento (UE) 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) 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y*

²⁹ COMISIÓN EUROPEA *Mystery Shopping survey on territorial restrictions and geo-blocking in the European Digital Single Market*. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. 2016. p. 6

la Directiva 2009/22/CE". En este reglamento, previsto con esta forma para así poder evitar las indeseables divergencias que hubiera provocado la promulgación de una directiva, se trata de adoptar unas medidas específicas para "*garantizar el buen funcionamiento del mercado interior y de fomentar el acceso a los productos y servicios, así como su libre circulación, en toda la Unión*" tal y como recoge su quinto considerando.

Este Reglamento se procederá a analizar en profundidad, pero hay que tener en cuenta que esta no es la única disposición normativa que regula el *geoblocking*. Indirectamente también se regula en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ya que es la norma que establece las bases del mercado interior (artículo 26), prohíbe la discriminación por razón de nacionalidad en la Unión (artículo 18) y establece las normas sobre competencia (artículos 101 y ss., especialmente los artículos 101, complementado por el Reglamento (UE) 330/2010 *relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas*, y el artículo 102), por ello también deberá tenerse en cuenta a la hora de valorar esta práctica y las problemática que en ciertas circunstancias genera.

A su vez, ya que es una práctica que afecta al mercado de bienes y de servicios, también hay que tener en cuenta la Directiva 2006/123/CE (LA LEY 12580/2006) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, "*relativa a los servicios en el mercado interior*" que también articula la prohibición de discriminación en su artículo 20.2 y que, por lo tanto, también el *geoblocking* puede estar violando en los casos en los que se practica en el ámbito de los servicios. Ahora bien, hay que tener en cuenta que el Reglamento contempla expresamente que este artículo 20.2 solo "*se aplicará en la medida en que el presente Reglamento no establezca disposiciones más concretas*", es decir, la directiva se aplicará subsidiariamente siguiendo el criterio *lex specialis derogat generali*.

Por su parte, en lo relativo a contenidos digitales, también hay que entender que regula el *geoblocking* el Reglamento (UE) 2017/1128 de 14 de junio de 2017, "*relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior*". Lo más relevante es que en su artículo 3 establece que los proveedores de servicios de contenido online de pago deberán garantizar que, pese a que sus clientes estén temporalmente en otro Estado miembro, continuarán teniendo acceso al servicio

bajo las mismas condiciones a las que tiene derecho habitualmente en su estado de residencia. Si bien es cierto que regula un aspecto muy específico del geobloqueo, establece una prohibición relevante en la medida en la que afecta a ciertas plataformas con un gran número de usuarios, entre otras Spotify, Sky o Netflix.

Han de mencionarse además dos proyectos que en caso de aprobarse también afectarán a esta práctica, las iniciativas legislativas de Ley de Servicios Digitales y la Ley de Mercados Digitales, las cuales se procederán a analizar en el apartado relativo a la evolución proyectada en la materia, aunque se puede adelantar que su incidencia será muy tangencial.

Asimismo, en caso de infracción del Reglamento 2018/302 también hay que acudir a disposiciones nacionales como el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios (RDL 1/2007) y a la Ley 3/1991 de Competencia Desleal en su Capítulo IV, aunque esto se analizará al respecto de la ejecución del Reglamento.

Finalmente hay que decir que el *geoblocking* como práctica está regulado de manera parcial ya que la mayoría de las prácticas están permitidas y si no violan disposiciones con las que entran en contrato será *prima facie* legal. Por ejemplo, el geobloqueo siempre podrá afectar al principio de no discriminación del artículo 18 del TFUE, pero lo cierto es que en general se ve amparado en la libertad de empresa del artículo 16 del Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, en la medida en la que otras disposiciones no lo prohíben ni regulan, será válido.

III. REGLAMENTO (UE) 2018/302

III.1 ADOPCIÓN

Como hemos podido constatar lo cierto es que el geoblocking afectaba a un gran número de potenciales transacciones transfronterizas, por eso, la Comisión y Consejo Europeo deseaban incrementar estas cifras y así dinamizar el mercado único digital. En esta línea se pronunció el último en sus conclusiones publicadas el 23 de Junio de 2017 ya que, entre ellas, se reconoce el interés por conseguir el correcto funcionamiento del mercado único y las cuatro libertades comunitarias, fomentando el crecimiento, la

creación de trabajos y la promoción de la inversión e innovación. Así *“enfatisa que se necesitan más esfuerzos por parte de la UE y los Estados miembros para alcanzar el nivel de ambición reflejado en las conclusiones de junio de 2016 para el mercado único, incluidos los servicios, el mercado único digital [...] profundizando, implementando y haciendo cumplir el Mercado Único en todos sus aspectos.”*³⁰

La conclusiones de junio de 2016 se refiere a las conclusiones del Consejo Europeo celebrado ese mes en los cuales se pide a los ministros, como mecanismo de presión, de que informen anualmente de los progresos que se alcancen en la profundización del mercado único y que se incluía en su Agenda Digital. De esta forma, obligando a los ministros a tener que explicitar sus esfuerzos y logros en la materia, consiguen que el año siguiente se dé el empujón definitivo para regular el geobloqueo, habiendo por fin calado la idea que venía existiendo en la Unión de la necesidad de profundización en el mercado único.

La Agenda Digital para Europa data del año 2010 y se puede decir que es el germen de todas las normativas que se han adoptado posteriormente para lograr un mercado único digital que proporcionase beneficios económicos y sociales para la colectividad. Es un texto a través del cual la Comisión, como parte de la Estrategia Europa 2020 (*Una Estrategia para el crecimiento inteligente, sostenible e integrador*) identifica una serie de problemas (entre otros la fragmentación de los mercados digitales) a corregir en el mercado digital presentando a su vez medidas a adoptar.

Asimismo, merece ser mencionada la Resolución del Parlamento Europeo, de 27 de noviembre de 2014, *“Sobre el apoyo a los derechos de los consumidores en el mercado único digital”* en el cual también se señala *“la necesidad de abordar los obstáculos que siguen existiendo para los consumidores y las empresas en materia de comercio electrónico, incluidos los servicios en línea, el acceso a los contenidos digitales”* además de que el *“tráfico de Internet debe recibir el mismo trato, sin discriminación, restricción o interferencia”*, otro de los primeros textos que destacaban la necesidad de abordar la regulación de todas aquellas materias que obstaculizaban el logro de un auténtico mercado único digital (teniendo como base a su vez el estudio

³⁰ CONSEJO EUROPEO, *European Council meeting (22 & 23 June 2017) – Conclusions*. Secretario General del Consejo de la Unión. 23 de Junio de 2017.

exhaustivo del departamento de políticas económicas del Parlamento Europeo “*Discrimination of Consumers in the Digital Single Market*” llevado a cabo en el año 2013)

El interés específico de regular el *geoblocking* se recogió inicialmente en la publicación de la Comisión de “*Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa*” del año 2015 en la cual se reconoce la importancia estratégica de este mercado y se aboga por evitar el bloqueo geográfico injustificado (el cual se produce un 74% de las veces en el mercado online)³¹ entre otras medidas propuestas para favorecer el crecimiento del mercado. Ese mismo año, el Consejo Europeo también expresó la necesidad de acabar con la fragmentación de mercado siendo especialmente necesario fomentar la digitalización. Esto se pretendía lograr a través de otras disposiciones normativas complementarias a la de geobloqueo como por ejemplo el Reglamento de Protección de Datos de Mayo de 2016 entre otros.

Otro desencadenante digno de destacar y ya mencionado es el “*Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry*”, un documento de trabajo del personal de la Comisión Europea publicado en Septiembre del año 2016 y que reflejaba datos tan preocupantes como que de media, de los vendedores nacionales preguntados en la encuesta, el 47%³² de ellos no vendía sus productos más allá de sus fronteras, lo cual refleja, considerando los más de 500.000 millones de euros que suponía en aquel momento el mercado digital, el potencial que podría llegar a alcanzar en caso removerse los obstáculos que provocaban estas cifras y que se analizarán posteriormente en este trabajo.

Este era un tema que ya se trataba en reuniones donde los Ministros de la Unión de Telecomunicaciones, Competitividad o Cultura ya incidían en la necesidad de la digitalización de la economía continental y de actualizar la regulación en materias como los derechos de autor o servicios de paquetería que, como veremos, tendrán incidencia a la hora de regular el *geoblocking*.

³¹ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la comisión al parlamento europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones, Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa*. Secretaría General. 6 de Mayo de 2015

³² COMISIÓN EUROPEA.. *Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry*. Documento de Trabajo del Personal de la Comisión, 2016 p.112

Las conclusiones del año 2017 son las que llevaron a la aceptación definitiva de la propuesta de Reglamento presentada el 28 de Noviembre de 2016 por la Comisión Europea junto con otras propuestas legislativas dirigidas a lograr un mercado único digital más funcional y proteccionista para con los consumidores.

Fue finalmente acordada su implementación el 29 de noviembre del año 2017, el día anterior a que el Consejo adoptara el Reglamento 2017/2394 *sobre la cooperación entre las autoridades nacionales responsables de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores* también encaminado a proteger especialmente en el ámbito del *e-commerce* y, por el cual, se otorgaron más poderes a las autoridades nacionales para investigar posibles abusos a la comisión en un intento de generar confianza en los consumidores y así potenciar el comercio electrónico. El Reglamento 2018/302 sería finalmente aprobado el día 27 de febrero de 2018.

En un intento de mejorar el mercado único digital se han tomado otras iniciativas al pie de los servicios de paquetería, tratando de que las tarifas sean más transparentes, otorgando más competencias para su control por los órganos reguladores, etc. También el Consejo ya se había manifestado en múltiples ocasiones en favor de una transformación de los derechos de autor (motivando posteriormente la adopción de la Directiva 2019/790 pendiente de trasposición), siendo todavía hoy uno de los aspectos más controvertidos además de problemáticos para la libre circulación de servicios digitales. Asimismo, han impulsado programas de financiación para la transformación digital europea (como es el caso del Programa Europa Digital).

Esta fue también la línea seguida por el Presidente del Consejo, Oleg Butkovic, en declaraciones recientes en las cuales reconoce que la *“La pandemia de COVID-19 y sus consecuencias en nuestras vidas y economías han puesto de relieve la importancia de la digitalización”*.

A su vez en las conclusiones adoptadas por el Consejo en 2020³³ sobre el futuro digital europeo se señala además el papel especialmente importante de los servicios

³³ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. *La configuración del futuro digital de Europa. Conclusiones del Consejo*. Secretaría General del Consejo. 9 de junio de 2020. Apartado 47 y 4 respectivamente.

digitales, recogiendo que “*la economía de plataformas es una parte importante del Mercado Único, ya que conecta a empresas y consumidores europeos a través de las fronteras nacionales, posibilita el comercio, el emprendimiento y los nuevos modelos de negocio.*” Subrayando la necesidad de que “*los Estados miembros y las instituciones de la UE deben seguir intensificando sus esfuerzos para impulsar una digitalización del mercado único en la que la economía digital se caracterice por un alto grado de confianza, seguridad y libertad de elección para los consumidores, así como por una fuerte competitividad basada en un marco que promueva la transparencia, la competencia y la innovación*”

El crecimiento exponencial del volumen de negocios del mercado digital es el motivo de la especial atención de la Comisión. Hemos pasado de los alrededor de 500.000 millones de euros del año 2015³⁴ a alcanzar en 2019 una cifra estimada de 636.000 millones de euros, habiéndose incrementado en 2020 esta cifra en más de un 14%, lo que supone más de 725.000 millones de euros³⁵. Son cifras que todos los años aumentan de forma constante 10 puntos porcentuales, superando a veces el 15%.

En un estudio llevado a cabo por Eurostat el año pasado se dan datos demostrativos de la continua expansión del comercio electrónico, alcanzándose proporciones de compradores nunca vistas. El 64% de los usuarios de internet en la Unión (63% de los usuarios en España) han comprado on-line a lo largo del año, prendas de vestir mayormente, y gastando la mayoría de ellos una media de entre 100 y 500 euros³⁶. Esta es la razón del interés suscitado por el mercado digital y el interés por superar las barreras presentes que no dejan de estar limitando el volumen de negocios que si no se podría alcanzar.

Como se puede observar, toda esta serie de medidas están encaminadas a una mejora del mercado único digital procurando ahondar en la libre circulación que el artículo 26 TFUE establece, pero ahora garantizándola en el nuevo contexto que se nos presenta, el comercio electrónico. El interés de la Unión en la materia durante la última

³⁴ MARTÍ, V. “Obstáculos al mercado... en *ADI 37, 2016-2017* p. 57

³⁵ STATISTA. RETAILX ANALYSIS, NATIONAL ECOMMERCE ASSOCIATIONS. Aunque la fuente de estos datos no es completamente fiable ya que, por ejemplo, datos del *European E-Commerce report 2018* difieren en las cantidades, no deja de indicar la importancia creciente del mercado digital europeo y su crecimiento exponencial a lo largo de los últimos años.

³⁶ EUROSTAT. *E-commerce statistics for individuals. Statistics explained*. 27 de Enero de 2021. pp. 1-7

década ha motivado el estudio exhaustivo del mercado digital y de las prácticas anticompetitivas y discriminatorias que en este se suelen dar, desencadenando a su vez la adopción de toda una serie de políticas, entre las cuales se encuentra la regulación del *geoblocking*, dirigidas a desterrar estas prácticas de nuestro panorama digital actual y futuro y así favorecer la expansión del comercio electrónico europeo.

III.2 ÁMBITO DE APLICACIÓN

Antes de comenzar el análisis hay que tener en cuenta que el Reglamento regulará el *geoblocking* de manera muy limitada. Como se ha venido exponiendo el bloqueo geográfico se manifestará en multitud de ámbitos y de una multitud de maneras, la mayoría de las cuales no se enmarcarán en el ámbito de aplicación del Reglamento, ya sea porque el bloqueo está justificado, porque por particularidades del objeto cuenta con unas disposiciones específicas regulándole (y en su caso la restricción del *geoblocking* debería articularse a través de otras disposiciones normativas), u otros motivos.

A pesar de esto el Reglamento articula de manera adecuada la protección en los supuestos previstos ya que contará con unas disposiciones que tratarán de lograr que las dentro de su ámbito material de aplicación la protección del cliente sea integral. Asimismo, tratará de facilitar la implementación por los operadores económicos no imponiéndoles cargas gravosas o adaptaciones desmesurados (este será el caso, por ejemplo, de la regulación relativa a la competencia judicial internacional).

El **Ámbito Territorial** de este reglamento se puede delimitar gracias a los considerandos y los primeros artículos. Se aplicará conforme a la definición de “*cliente*” que recoge el artículo 2 del Reglamento, en el que se incidirá cuando se exponga el ámbito subjetivo, pero a este respecto hay que destacar que limitará la aplicación de la normativa a los casos en que este cliente sea nacional, tenga su residencia o tenga su

establecimiento en un Estado miembro de la Unión Europea ya que, en caso contrario, no se vería afectado el mercado único³⁷.

Ahora bien, este bien o servicio objeto de geobloqueo lo proporcionará el “*comerciante*” entendido conforme a la definición de este mismo artículo segundo, el cual no distingue el lugar de establecimiento de este, entendiéndose por lo tanto que no tendrá por qué ser necesariamente comunitario ni encontrarse dentro de las fronteras de la Unión. En otras palabras, el Reglamento también deberá ser respetado por aquellos comerciantes extracomunitarios que pretendan llevar a cabo transacciones en la Unión. Esto será lo más adecuado ya que evitará que el cliente necesite localizar al comerciante para comprobar si se están vulnerando sus derechos, a la vez que, de esta manera se atajan posibles comportamientos defraudatorios por parte de los operadores que podrían intentar evitar la aplicación del Reglamento domiciliándose en terceros estados (poniendo de esta manera en pie de igualdad a los operadores comunitarios y a los extracomunitarios)³⁸.

Por último, el actual artículo 1.2 establece que en todo caso deberá haber un elemento de extranjería presente ya que, en caso contrario, sería una situación puramente interna y no regiría el reglamento. Si por ejemplo un comerciante niega a un nacional poder adquirir un determinado bien la discriminación se regirá por las disposiciones nacionales en la materia, no por el Reglamento, tal y como recoge en el segundo apartado de su primer artículo

¿Pero para qué relaciones cliente-comerciante se prohíbe el *geoblocking*? El **ámbito objetivo** Reglamento será “*contribuir al buen funcionamiento del mercado interior impidiendo el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación basada, directa o indirectamente, en la nacionalidad, el lugar de residencia o el lugar de establecimiento de los clientes*” tal y como recoge su artículo 1.1. En la propuesta de Reglamento la Comisión especificaba que la propuesta tenía “*por objeto el entorno en línea y fuera de línea*”³⁹ lo cual, sumado a los términos

³⁷ RUBIO, P. “El principio del fin... LLD 6262, 2017. p.12

³⁸ MARTÍ, V. *Geobloqueo y ...* p. 34

³⁹ COMISIÓN EUROPEA. *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) n.º 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE*. Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías, 2016, p.7

abiertos utilizados en el actual artículo 4, puede llevarnos a entender que la prohibición de geobloqueo no está solo limitada al comercio *online*, sino también a eventuales casos de discriminación que se pudieran producir cuando el cliente se encuentra presencialmente en el establecimiento de venta pero no fuera nacional de ese país (ya tenga allí su residencia/establecimiento o no).

En la propuesta de Reglamento el artículo 1.2 contemplaba específicamente las situaciones en las cuales el reglamento resultaba aplicable y por los términos en los que se enunciaba parecía sustentar la tesis de la aplicación en la venta de bienes y prestación de servicios presencial, pero el Reglamento en su promulgación suprimió estas previsiones y por lo tanto parece que se dio un paso atrás en este asunto.

En este sentido, parece que en principio habría un halo de indeterminación puesto que el primer considerando menciona las barreras que establecen en ciertos casos los comerciantes “*fuera de línea*”. Lo cierto es que, en rigor, el Reglamento sí que resultará aplicable en ciertos supuestos fuera de línea, específicamente en aquellos supuestos en los cuales la contratación se llevó a cabo *online*, pero se han de ejecutar con logística presencial, así como en los supuestos en los que la contratación fue presencial pero el servicio ha de proveerse virtualmente. Las ocasiones en las que se trate de ventas presenciales puras estas se someterán al principio de libre circulación de mercancías y la prohibición de compartimentación de mercado del derecho de la competencia, además de, en su caso, a la Directiva sobre servicios, pero no a este Reglamento.⁴⁰

Por ejemplo, si un turista Español va a visitar Italia y quiere contratar telemáticamente la visita guiada a un museo, como veremos, no se le podrá rechazar ni ofrecerle unas condiciones de acceso diferentes por ser nacional español en virtud del artículo 4.1.c). de este Reglamento. Ahora bien, considerando que este artículo no es aplicable a los servicios contratados *offline*, por el contrario, a ese turista se le podría negar el acceso al servicio si acudiera a las oficinas de la agencia de viajes y no se

⁴⁰ A pesar de todo hay quien defiende la posibilidad de que este Reglamento también podría aplicarse es supuestos de contrataciones *offline* puras. Eurocommerce en su documento *FAQ on the implementation of the Geoblocking Regulation* de Marzo de 2018 entiende que en la medida en la que el Reglamento no diferencia el canal a través del cual se discrimina también se debe entender que los preceptos que lo permitan son aplicables al comercio *offline* (ya que existen casos en los cuales el tenor literal del Reglamento excluye expresamente esta opción como es el caso de, por ejemplo, su artículo 3). Este no será un documento en ningún modo vinculante, solo tiene fines didácticos, pero da una muestra del debate que surge a raíz de los términos amplios del articulado.

estaría violando el Reglamento, sino el TFUE o la Directiva 2006/123/CE “*relativa a los servicios en el mercado interior*”, resultando en estos casos más complicado sancionar dicha conducta.

El Reglamento de esta manera además establecerá su prevalencia sobre el artículo 20.2 de la Directiva 2006/123/CE que recogía que “*Los Estados miembros harán lo necesario para que las condiciones generales de acceso a un servicio que el prestador ponga a disposición del público no contengan condiciones discriminatorias basadas en la nacionalidad o el lugar de residencia del destinatario, sin que ello menoscabe la posibilidad de establecer diferencias en las condiciones de acceso directamente justificadas por criterios objetivos.*”

Este artículo cuenta con una redacción demasiado abierta y que en consecuencia complica la delimitación de lo que son de hecho condiciones discriminatorias no justificadas objetivamente (que la Directiva solo define con algunos ejemplos de criterios objetivos en su Considerando 95, los cuales resultan demasiado amplios como para que el principio de no discriminación resulte realmente operativo). En la encuesta pública llevada a cabo en 2015 sobre el geobloqueo se podía claramente observar las divergencias a este respecto.

Cabe también decir que, tampoco se puede culpar completamente a la Directiva de su indefinición, en la medida en la que remite la regulación a los Estados, siendo estos los que debían adoptar las medidas necesarias para prevenir las discriminaciones en el *e-commerce*, lo cual no hicimos.

El artículo 1.7 establece la aplicación subsidiaria de este precepto, solo entrará en acción en los casos en los que el Reglamento no establezca disposiciones más específicas. En la propuesta de Reglamento (artículo 1.6) se planteó otra afirmación, en términos más taxativos y en los cuales afirmaba que en caso de conflicto prevalecería el Reglamento. A pesar de esto, con la redacción actual el resultado es el mismo, el artículo 20.2 solo operará en la medida en la que el Reglamento no contenga una previsión específica en la materia. Esto refuerza la impresión de que el Reglamento trata de concretar el principio de no discriminación del artículo 18 del TFUE y de la Directiva relativa a servicios que por su amplitud perdían virtualidad.

Por suerte, el Reglamento como luego analizaremos, especifica en qué casos estará justificado el geobloqueo, es decir, los criterios objetivos sobre los cuales se podrá sustentar esta práctica, permitiendo una verdadera prohibición de la discriminación que sí será realmente operativa como observaremos al respecto de la aplicación y eficacia del Reglamento desde su adopción.

Respecto al **ámbito subjetivo** este quedará delimitado por las definiciones que el artículo dos da de cliente y de comerciante como ya se ha adelantado.

Será especialmente interesante a este respecto la delimitación de cliente ya que se definirá como *“un consumidor [...] o una empresa [...] que recibe un servicio o adquiere un producto, o tiene intención de hacerlo, en la Unión, únicamente para su uso final”*. Esto implica en consecuencia que no solo se verán protegidos por el Reglamento los consumidores sino también las empresas si no tienen ánimo de reventa siempre que, como se ha dicho al delimitar el ámbito territorial, sean nacionales o tengan su residencia en un Estado miembro de la Unión.

Esta configuración será lógica en la medida en la que una empresa cuando recibe un servicio o adquiere un producto sin ánimo de revenderlo está actuando como un consumidor y sería injusto que estos no recibieran la misma protección, especialmente cuando las pymes no tienen en la mayoría de los casos más capacidad de negociación con los oferentes o los prestadores de los servicios que particulares. La mayoría de las transacciones transfronterizas *online* se producirán por estos operadores y, en consecuencia, su inclusión en esta categoría amplía la eficacia práctica del reglamento debido a que, si bien *“las empresas sufren en menor medida que los consumidores las situaciones de bloqueo, sus efectos poseen sin duda una transcendencia y efectos socioeconómicos superiores”*⁴¹

Es necesaria la exclusión de las empresas en caso de no pretender destinar el bien a su consumo o uso final debido a que en caso contrario esto interferiría con los sistemas de distribución que los fabricantes hayan elegido. Ya que pueden organizarse a través de distribuidores exclusivos o selectivos de su producto no será posible imponerles este tipo de obligaciones. La libertad de empresa les amparará para elegir su

⁴¹ RUBIO, P. “El principio del fin... LLD 6262, 2017. p.12

sistema de distribución, el cual será válido mientras no viole el derecho de la competencia, una de cuestiones problemáticas que a lo largo del trabajo se analizarán.

Por otro lado, comerciante se definirá como *“toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona que actúe en su nombre o a su cargo, con fines relacionados con su actividad comercial, negocio, oficio o profesión.”*. De esta manera no solo abarcará tanto la producción/venta de bienes sino también la prestación de servicios. Además, al no introducirse requisitos espaciales esta definición abarcará, como se ha explicado al pie del ámbito territorial, no solo a los comerciantes afincados en la Unión, sino también los de terceros países.

Al respecto del **ámbito material** el Reglamento resultará aplicable en casos de adquisiciones transfronterizas de productos y servicios llevados a cabo en la Unión Europea si la han llevado a cabo un cliente y un comerciante según los parámetros ya expuestos.

En la propuesta de Reglamento esto venía en cierta medida explicitado en el artículo 1.2, finalmente suprimido, pero esto es lo que se puede inferir de los primeros artículos y los ámbitos de aplicación que se han venido explicando. Asimismo, hay que tener en cuenta otros apartados del que excluirán algunas de las materias del ámbito de la Regulación.

Conforme a la definición de productos también se excluirán del ámbito de aplicación los bienes tangibles vendidos por la autoridad judicial tras un embargo u otro procedimiento.

La definición de Servicios será positiva y en consecuencia no excluirá ningún servicio sin perjuicio del artículo 1.3 que hará coincidir el ámbito de aplicación material de este Reglamento con el de la Directiva relativa a servicios (aunque en otros ámbitos no coincidan, este es el caso de los comerciantes sobre los que será eficaz ya que, al contrario que en el Reglamento, la Directiva solo contempla la aplicación sobre los establecidos en un Estado miembro).

El artículo 1.3 del Reglamento contempla expresamente que el Reglamento no se aplicará a los servicios contemplados en el artículo 2.2 de la Directiva 2006/123/CE

la cual recoge, entre otros, los servicios financieros, de transporte, médicos, servicios audiovisuales, de apuestas, etc.

Destaca especialmente la exclusión de la regulación de los servicios audiovisuales ya que en la mayoría de los casos se articulan sobre licencias territoriales exclusivas. La comisión ha decidido que en caso de querer extender la protección a este ámbito se articulará modificando el régimen de propiedad intelectual vigente, aunque, recordemos, resultará de aplicación en estos servicios el Reglamento (UE) 2017/1128 de 14 de junio de 2017, “*relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior*”.

Asimismo, quiero destacar el caso de las apuestas, uno de los ejemplos en los cuales mejor se refleja por qué a veces el *geoblocking* será necesario para cumplir la legalidad. Algunos autores defienden el geobloqueo aludiendo a este servicio específicamente ya que, es cierto, que el *geoblocking* será la manera más efectiva de prohibir el acceso en caso de que traten de conectarse usuarios desde países en los que es una práctica ilegal, algunos la consideran incluso la única manera de poder acatar determinadas leyes.⁴² Ahora bien, hay que tener en cuenta que el cumplimiento de las disposiciones legales comunitarias y nacionales se preverá expresamente como uno de los límites a las prohibiciones del Reglamento, como tendremos ocasión de analizar, al respecto del acceso a interfaces en línea (artículo 3.4) y el acceso a productos y servicios (artículo 4.5).

En el Reglamento la prohibición de aplicación de condiciones generales de acceso diferenciadas tampoco incluirá aquellos servicios cuya característica principal sea proporcionar acceso a obras protegidas por derechos de autor o a otras prestaciones protegidas ni tampoco la venta de este tipo de obras o prestaciones carentes de un soporte material (artículo 4.1.b).

La cláusula de revisión del Reglamento en su artículo 9 preveía expresamente la revisión de este punto cuando se produjera la primera evaluación de la normativa debido a que es quizás uno de los sectores en los cuales más se sufre el *geoblocking* y su extensión a este ámbito podría tener importantes consecuencias cualitativas y cuantitativas. El informe de la Comisión Europea fue publicado en Noviembre de 2020

⁴² TRIMBLE, M. “The role of geoblocking in the Internet legal landscape” en Revista D’ Internet, Dret i Política n° 23, 2016 p. 49

y, aunque profundizaremos al respecto al analizarlo, se puede adelantar que por el momento no se prevé la inclusión en el ámbito material del reglamento el reconocimiento del derecho de los clientes al acceso y a la compra de contenidos protegidos derechos de autor en las mismas condiciones que los nacionales/residentes de otros Estados debido a las posibles consecuencias negativas que podría tener en sectores como la música, los libros electrónicos, etc.

De hecho, con la adopción del Reglamento definitivo se ahonda en esta exclusión de la regulación relativa a la propiedad intelectual ya que ahora podemos encontrar esta expresa en el artículo 1.5. Mientras que en la propuesta de Reglamento solo se excluía de la prohibición de *geoblocking* en la aplicación de las mismas condiciones generales de acceso y se podía inferir que en ese caso la norma no ampararía conductas como la redirección, el bloqueo del acceso o la discriminación en las condiciones de pago en esta materia⁴³ con la inclusión de este apartado se niega esta posible interpretación (y como veremos será la primera de diversas modificaciones reduciendo el ámbito o la eficacia del Reglamento introducidas durante la tramitación que precedió a su adopción, todo muestra de la desconfianza y las cautelas con las que era vista esta materia).

III.3 PROHIBICIONES DE *GEOBLOCKING*

III.3.1 En el acceso a interfaces en línea

Esta es la primera práctica comercial prohibida prevista en el Reglamento. Se prevé en su artículo 3 y contará con dos modalidades, el bloqueo directo y el bloqueo indirecto. Recordemos que son dos de las tres modalidades de geoblocking que en este trabajo se diferencian, el bloqueo en el acceso a la web de un comerciante y el redireccionamiento.

El Reglamento en este punto se referirá exclusivamente a la prohibición de geobloqueo en el acceso “a interfaces en línea” (comprendido tal y como lo define el artículo 2), el ámbito natural en el cual se producirá el *re-routing*, pero no

⁴³ RUBIO, P. “El principio del fin... *LLD* 6262, 2017. p.14

necesariamente en el caso del bloqueo del acceso. Sí que parece posible que se dieran casos en los cuales el cliente sea discriminado en el establecimiento físico del comerciante. En este sentido el Reglamento pierde la oportunidad de extender su ámbito de aplicación a estos supuestos que no siempre parece contemplar. Como hemos explicado dependiendo del artículo al que nos remitamos parece que se verán amparadas o no este tipo de discriminaciones presenciales, en este artículo específicamente si bien será materialmente imposible que se extienda en la modalidad de discriminación indirecta, sí que podría darse en la directa. A pesar de todo esto su apartado será claro y solo será posible entender una conducta discriminatoria prohibida por este reglamento en casos de acceso a sitios web, no en establecimientos. El propio título del artículo parece delimitarnos su ámbito de aplicación en este caso, aunque como también se ha mencionado esto implique acudir a otros instrumentos normativos mucho menos operativos para sancionar este tipo de conductas, lo cual no deja de suponer un perjuicio para el cliente en la medida en la que complica gravemente sus posibilidades de ver sancionada la discriminación sufrida.

Comenzando con el análisis de los diferentes apartados, hay que tener en cuenta que las dos modalidades de *geoblocking* se nos presentarán sucesivamente en apartados diferenciados, a los cuales se añade un tercero en el cual se establecen las excepciones e las cuales las prácticas previamente prohibidas sí que serán aceptables, más exactamente sí que serán imperativas.

a) El bloqueo directo

Esta modalidad de geobloqueo se regulará en el apartado número de uno que rezará así: *“Los comerciantes no podrán bloquear o limitar el acceso de los clientes a sus interfaces en línea, utilizando medidas tecnológicas o de otro tipo, por motivos relacionados con la nacionalidad, con el lugar de residencia o con el lugar de establecimiento del cliente.”*

En esta definición se recogerán sus notas esenciales en cuanto al ámbito de protección que a través de este artículo se proporcionará al cliente. Cuando el artículo se refiere al *“bloquear o limitar”* el acceso tenemos que interpretar que de esta manera prohíbe no solo el bloqueo directo en sentido estricto a la página (impedirle acceder a

ella), sino también impedir el acceso a ciertas partes de la web o no permitirle llevar a cabo ciertas acciones en ella (adquirir el producto, introducir sus datos, registrarse, etc.).

Recordemos que el *geoblocking* no solo abarca en su primera modalidad el acceso al sitio web, sino también impedir que le sean provistos los bienes o servicios que esta ofrece. Con esta previsión el legislador prohibirá con carácter general este género de geobloqueo con el objetivo de otorgar al cliente una protección integral.

Otra manifestación de este fin es que el legislador comunitario tampoco limita los medios a través de los cuales el comerciante puede conocer la nacionalidad, residencia o establecimiento del cliente. Los métodos de geolocalización serán de esta manera irrelevantes, pudiendo haber sido por cualquiera de las modalidades vistas al presentar este fenómeno, por la dirección IP del dispositivo, gracias a su sistema GPS, etc.

La única restricción del artículo será en cuanto a los motivos en base a los cuales no cabe ser discriminado. Por el objeto y naturaleza del Reglamento y, como ya indica la propia denominación de “*bloqueo geográfico*”, solo protegerá frente a aquellas discriminaciones basadas en la nacionalidad, residencia o establecimiento del cliente, aunque lo cierto es que dentro de este ámbito y siempre que se trate de casos en los que la restricción sea en interfaces en línea el Reglamento trata de ser flexible en sus términos para no dejar fuera ningún supuesto de discriminación.

b) El bloqueo indirecto

A continuación, en el segundo apartado de este artículo 3 se regulará este en los siguientes términos: “*Los comerciantes no podrán, por motivos relacionados con la nacionalidad, con el lugar de residencia o con el lugar de establecimiento de un cliente, redirigir a ese cliente a una versión de su interfaz en línea que sea diferente de la interfaz en línea a la que el cliente hubiese tratado de acceder inicialmente, en virtud de su presentación, utilización de lengua u otras características de esta que la hagan específica para los clientes de una determinada nacionalidad, lugar de residencia o lugar de establecimiento, salvo que el cliente haya dado su consentimiento expreso a tal redirección.*”

El artículo de esta manera trata de restringir el *re-routing*, reencaminamiento o redireccionamiento automático debido de nuevo a esta serie de posibles características de la persona. Además, señalará algunos de los motivos comúnmente aducidos por los comerciantes para justificar esta práctica, lo cual en todo caso no prohibirá con carácter general el Reglamento, sólo en los casos en los que no se haya informado al cliente y este no haya consentido expresamente.

El establecer diferentes versiones de las interfaces no es en absoluto una práctica ilegal, por el contrario, en muchos se considera positivo⁴⁴ ofrecer a los diferentes clientes una experiencia individualizada y mejor adaptada a sus características socioeconómicas (permitiendo el acceso a una web en su idioma, con otro diseño, pero también cabrá que cuente con otros precios sin ser necesariamente negativo). Esto será en principio una práctica comercial enmarcada en la libertad de empresa, la cual el Reglamento no pretenderá atacar. Esto no implica que el cliente o el consumidor tenga que ver su capacidad de decisión alienada, por este motivo es por el cual el artículo permite esta práctica, pero exigiendo su consentimiento.

El apartado termina previendo que *“En caso de redirección con el consentimiento expreso del cliente, la versión de la interfaz en línea a la que el cliente trató de acceder inicialmente seguirá siendo fácilmente accesible para ese cliente.”* Si nos amparamos en el tenor literal de este artículo solo tendrá que permitirse el acceso a la web a la cual el cliente trató de acceder originalmente, no a todas las versiones de la interfaz del vendedor. Esta redirección, con el acceso a otra versión de la interfaz, conlleva habitualmente que se alteren los términos y condiciones del eventual contrato, por este motivo tiene interés para el cliente poder comparar estos con los de las demás versiones. A pesar de ello el artículo se limita a solo prever que se debe posibilitar volver a la web original, lo cual parece una limitación un tanto injustificada.

Esta regulación ya estaba prevista en estos términos en la propuesta de Reglamento publicada en febrero del año 2016, la cual no era congruente entonces y tampoco lo será hoy a pesar de haberse modificado el texto en varios sentidos.

No es congruente ya que si tomamos el considerando 15 de la propuesta de Reglamento nos encontramos con que el legislador comunitario aparentemente

⁴⁴ El propio Reglamento lo considera así tal y como lo recoge en su Considerando 20

pretendía que el cliente pudiera “*acceder fácilmente en todo momento a todas las versiones de la interfaz en línea*” lo cual como vemos no se reflejó en el articulado. Estas previsiones contradictorias se mantuvieron con la adopción de la versión final del Reglamento, trasladándose ahora esta previsión a su considerando 20 que se expresará en los mismos términos.

De hecho, el considerando fue muy modificado antes de la adopción, introduciéndose otra medida en perjuicio del cliente. Gracias a su nueva formulación el consentimiento expreso al que se refiere el artículo 3.2, si bien puede ser retirado en cualquier momento, solo tiene que ser requerido la primera vez que se pretende acceder a esa determinada interfaz. “*Una vez que el cliente haya manifestado su consentimiento expreso, incluida la manifestación de una preferencia aplicable a una cuenta personal, ese consentimiento expreso debe considerarse válido para todas las visitas posteriores*”. A pesar de todo y aunque algunos autores ya hubiesen señalado la divergencia entre el considerando y la regulación del artículo⁴⁵ el legislador comunitario no alteró el tenor literal del considerando ni del articulado, lo cual es un claro defecto de técnica legislativa.

c) Límites de la prohibición

El artículo finaliza con su tercer apartado, el cual recoge el límite al que quedan sujetas las prohibiciones de las prácticas comerciales del primer y el segundo apartado: los requisitos legales establecidos a nivel comunitario o estatal que requieran para su cumplimiento el bloqueo o la limitación del acceso a las interfaces vistas en aquellos casos en los que el comerciante por su actividad deba respetar tal normativa.

Este será el límite lógico de la prohibición de geobloqueo ya que no tendría sentido que el Reglamento amparara trasgresiones legales que, en muchos casos, de no acudir al *geoblocking* serían muy difíciles de que estén implementadas, algunos creen que imposible dada la naturaleza de internet, por definición un espacio global y abierto.⁴⁶

Además, ya que uno de los fines de este Reglamento será lograr una mayor transparencia en las relaciones comerciales, en caso de que haya un requerimiento legal

⁴⁵ RUBIO, P. “El principio del fin... LLD 6262, 2017. p.17

⁴⁶ TRIMBLE, M. “The role of... IDP 23, 2016 p.49

vinculante para el comerciante que implique impedir el acceso, la compra o redireccionar al cliente deberá dar *“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 [...] en la lengua de la interfaz en línea a la que el cliente hubiese tratado de acceder inicialmente.”*

A modo de curiosidad esta previsión hoy contenida en el artículo 3.3 *in fine* en la propuesta de Reglamento se articulaba como artículo 3.4, el cual contenía una errata corregida con esta nueva sistemática. Es quizás el artículo central menos modificado en su transición de la propuesta al Reglamento final, pero en cambio no fue corregida la incoherencia vista en su apartado segundo. Es un ejemplo sintomático del carácter de los debates que siguieron a la propuesta de este Reglamento en el ámbito político de la Unión, aparentemente escéptico y más preocupado de incurrir en un intervencionismo excesivo que de dar un marco de protección integral a los clientes e introducir medidas más ambiciosas.

Volviendo con el análisis de los límites, aparentemente dados los términos taxativos del artículo no habrá más excepciones en las que ampararse para incumplir las previsiones de este artículo respecto al bloqueo directo e indirecto. Si bien puede haber razones objetivas por las cuales un comerciante no venda sus bienes o servicios a un determinado territorio todavía no tendrán entrada estos motivos en el momento de la relación comerciante-cliente que el artículo regula. Todas estas previsiones no implican que deba aceptarse la transacción o se deba contratar con todos los clientes que tengan acceso a la interfaz, solo implicará que se les deberá permitir acceder en principio ilimitadamente.

No expresándose lo contrario esto también abarcará aquellas interfaces en las cuales haya contenido sujeto a propiedad intelectual o derechos de autor porque lo relativo a al acceso efectivo a los bienes o servicios, sean de la clase que sean, se regulará a través del artículo 4, cuando lo que tratará el artículo 3 (como su propio título indica) es garantizar el acceso a interfaces en línea, nada más.

A pesar de todo lo visto, lo cierto es que, si bien el artículo podría ser más ambicioso abarcando también el bloqueo directo no telemático o garantizando el derecho al acceso a todas las versiones de una interfaz, trata de otorgar y otorga una

protección integral dentro de su limitado ámbito de actuación. Por la propia naturaleza del *geoblocking* los motivos de discriminación que proscriben son muy limitados, pero tratan de ser efectivos a través de una consideración amplia de las prácticas comerciales y tratando de evitar términos demasiado específicos (por ejemplo, no delimitando los medios de geolocalización) que con la evolución de la tecnología podrían quedar desfasados o convirtieran al Reglamento en, como se suele decir, “*papel mojado*”.

III.3.2 En el acceso a productos y servicios

El acceso a productos y servicios se regulará en el artículo 4 del Reglamento el cual necesitará de un análisis más detallado que el artículo anterior, primero por el mayor número de excepciones con las que contará, y segundo por la detallada redacción de sus artículos y las modificaciones respecto a la propuesta de Reglamento que analizaremos.

Primero hay que señalar que lo que el artículo tratará de evitar será la discriminación en las condiciones generales de acceso al contratar bienes y servicios cuando la posición del cliente sea equivalente a los nacionales o residentes a los que habitualmente provee. En estos casos se entenderá que las cláusulas contractuales diferenciadas introducidas en sus condiciones generales no tendrán una justificación objetiva y se estará discriminando por nacionalidad, residencia o lugar de establecimiento.

Recordemos que el ofrecer condiciones generales diferenciadas es una práctica perfectamente legítima y legal amparada en la libertad de empresa del artículo 16 del CDFUE. El comerciante podrá ofertar sus productos o servicios con otro precio, otras condiciones post venta, etc. como parte de su estrategia empresarial, pero deberá hacerlo con unos criterios comunes y tratar de forma uniforme a aquellos clientes que se encuentran en condiciones análogas, siendo este precisamente lo que se trata de

conseguir con este artículo (ya que será normalmente a través de estas condiciones generales a través de las cuales se producen este tipo de prácticas discriminatorias)⁴⁷.

Esta es la línea que seguirá el artículo 4.1 que prohibirá aplicar “*condiciones generales de acceso diferentes a sus productos o servicios por motivos relacionados con la nacionalidad o con el lugar de residencia o de establecimiento del cliente*” en aquellos supuestos en los que el cliente quede en una posición equiparable a la de los nacionales o residentes y la compra de los productos se lleve a cabo en determinadas situaciones en las que el legislador comunitario entenderá que este es el caso.

La sistemática del artículo procederá a establecer cuáles son estas condiciones que si el cliente cumple supondrá para el comerciante que no podrá ofrecerle unas condiciones contractuales diferenciadas, abordando primero la compra de bienes, seguida por los servicios en línea y finalizando con los servicios no en línea.

a) En cuanto a la compra de productos

Lo relativo a la adquisición de bienes se regula en el 4.1 a) el cual no permitirá ofrecer condiciones generales de acceso diferentes a los clientes cuando los productos comprados “*o bien se entreguen en un lugar de un Estado miembro en el que el comerciante ofrece servicios de entrega en el marco de las condiciones generales de acceso, o bien esos productos se recojan en un lugar acordado entre el comerciante y el cliente en un Estado miembro en que el comerciante ofrece tal opción en el marco de las condiciones generales de acceso*”

De esta manera el Reglamento impone que si el cliente solicita la entrega en un lugar en el cual el comerciante ofrece habitualmente sus servicios, ya sea a él directamente o a un intermediario que correrá a su cargo y que será el encargado de hacérselo llegar, deben serle proporcionadas las mismas condiciones generales a la hora de contratar que a cualquier otra persona con la que el comerciante contrate habitualmente. En estos casos, en la medida en la que no hay un criterio objetivo que le suponga al comerciante un coste añadido (ya que no le supone obligaciones añadidas en

⁴⁷ Así lo expresa el propio Reglamento 2018/302 en su Considerando 15: “*Las prácticas discriminatorias a las que el presente Reglamento pretende hacer frente suelen establecerse mediante condiciones generales y otras informaciones que el propio comerciante u otra persona en su nombre indica y aplica, como condición previa para obtener acceso a los productos o servicios de que se trate, que se ponen a disposición del público en general. Estas condiciones generales de acceso comprenden, entre otros elementos, los precios, las condiciones de pago y las condiciones de entrega*”.

cuanto al IVA⁴⁸, organización de la entrega, etc.), se presupondrá que en caso de que le sean ofrecidas otras condiciones será discriminación en virtud de su domicilio, nacionalidad o lugar de establecimiento y no estará justificado.

En la propuesta de Reglamento los términos del artículo eran diferentes, aunque en esencia el contenido será el mismo, siendo su redacción final una versión más clara y depurada de la propuesta original.

b) Recepción de servicios online

El artículo 4.1 b) regulará lo relativo a la prestación de servicios por vía electrónica cuya rasgo diferenciado consiste en *“que no sean servicios cuya característica principal sea proporcionar acceso a obras protegidas por derechos de autor o a otras prestaciones protegidas [...] incluida la venta de obras protegidas por derechos de autor y prestaciones protegidas que no tengan soporte material”*, en otras palabras, servicios digitales no audiovisuales⁴⁹. El considerando 24 nos ayuda a delimitar qué es esto y dirá que *“incluyen, por ejemplo, los servicios en nube, los servicios de almacén de datos, el alojamiento de sitios web y los cortafuegos, el uso de motores de búsqueda y directorios de internet.”*

En estos casos el comerciante debe permitir la utilización de estos servicios ya que no le supondrá gastos adicionales con una excepción, en caso de que sean comerciantes exentos del IVA en virtud del título XII, capítulo 1, de la Directiva 2006/112/CE. Así lo contempla este artículo en su cuarto apartado y es que en estos casos se entiende que darse de alta en los registros de otros Estados miembros y dar cuenta del impuesto en ellos supondría una carga demasiado gravosa y le implicaría costes adicionales⁵⁰. En estos supuestos hay una razón objetiva para la discriminación, la onerosidad de verse obligado a asumir nuevas obligaciones en caso de suministrar su servicio en terceros países.

Dicho esto, en caso de que el comerciante no se pueda acoger a este artículo 4.4, el Considerando 24 recuerda que en este tipo de servicios podrá *“declarar y pagar el*

⁴⁸ Conforme a lo dispuesto en su Considerando 23 ya que *“En esa situación, de conformidad con la Directiva 2006/112/CE, no es necesario inscribirse en el registro del IVA en el Estado miembro del cliente”*

⁴⁹ RUBIO, P. “El principio del fin... LLD 6262, 2017. p.19

⁵⁰ RUBIO, P. “El principio del fin... LLD 6262, 2017. p.22 y tal y como hoy se recoge en el Considerando 30 del Reglamento

IVA de manera simplificada de conformidad con el régimen aplicable a la mini ventanilla única del IVA establecido en el Reglamento de Ejecución (UE) n.o 282/2011”

Para terminar, hay que hacer alusión a la introducción respecto de la Propuesta de Reglamento especificando expresamente la exclusión de las obras protegidas por derechos de autor y prestaciones protegidas sin soporte material, lo cual no deja de ser un tanto reiterativo ya que en principio están incluidas dentro de la redacción original y, por la formulación del artículo, solo logra dificultar su interpretación.

c) Recepción de servicios *offline*

Por último, el artículo 4.1 c) contempla aquellos casos consistentes en el suministro de servicios que no se presten por vía electrónica (entre otros es por ejemplo el caso de alojamientos en hoteles, entradas a diversos eventos o espectáculos o el alquiler de vehículos)⁵¹, teniendo en estos casos los clientes derecho a no ser discriminados por el comerciante cuando reciban los servicios “*en un lugar físico en el territorio del Estado miembro en el que el comerciante ejerza su actividad*” en la medida en la que tampoco le supondrá costes extras al no tener que registrarse en estos casos a efectos del IVA⁵² en otros Estados miembros y no existir entrega.

Esta redacción, muy diferente a la de la propuesta de Reglamento cuya redacción era cuanto menos obscura, se antoja un tanto imprecisa. Ha simplificado los términos, pero entiendo que tiene una carencia, contemplar expresamente que la prestación deba recibirse en el territorio del Estado miembro en el que el comerciante ejerza su actividad ya que podría suceder que la llevase a cabo en más de un Estado miembro de forma habitual.

En ese sentido me parece más correcta una de las expresiones utilizadas en la propuesta, “*lugar físico en el que el comerciante opere*”. De hecho, el Considerando 25 parece que también lo interpreta de esta manera ya que se refiere al local o “*lugar específico donde el comerciante ofrece prestar sus servicios dentro del territorio en el que ejerce su actividad*” lo cual permite abarcar más supuestos que, aunque puedan ser excepcionales, se darán en la práctica.

⁵¹ Estos son algunos de los que propone el Considerando 25 del Reglamento 2018/302

⁵² Así lo recoge el Considerando 25

d) Límites de la prohibición de *geo-filtering*

Las previsiones de este artículo encontrarán muchos más límites que las vistas en el tercer artículo. El artículo 4.2 recoge expresamente que estas prohibiciones anteriores no implican que los comerciantes en el ejercicio de su libertad de empresa puedan ofrecer condiciones generales diferentes, ya no solo entre diferentes Estados, sino también dentro de un mismo Estado a ciertos territorios o grupos específicos, pero esto deberá en todo caso articularse de manera no discriminatoria. En los supuestos tipificados el legislador comunitario entenderá que no existe un motivo objetivo para ofrecer condiciones diferenciadas, pero con este artículo se pretende afianzar este principio de libertad que subyacía en la propuesta de Reglamento pero que no estaba expresamente recogido.

Este tipo de introducciones son a las que me refiero al destacar la aparente desconfianza y escepticismo que primaron en la tramitación del Reglamento. Es una previsión que no se recogía en el articulado y sólo se preveía de manera mucho más reducida en el Considerado 17 de la Propuesta de Reglamento y que, sin embargo, aparentemente es trascendental en nuestro Reglamento 2018/302 actual en la medida en la que además de este artículo 4.2 se le dedican dos extensos considerandos, específicamente los números 27 y 28.

De hecho, su formulación, si comparamos la redacción del considerando 17 de la propuesta (aunque en su primera parte hoy se corresponda con el Considerando 22) y el actual considerando 27, es la inversa. Mientras que en la propuesta se partía de la prohibición de la discriminación en caso de no existir una justificación objetiva para luego recordar que esto es sin perjuicio del derecho del comerciante a hacer ofertas selectivas, en el actual artículo 27 se parte de la libertad de oferta para los comerciantes para luego mencionar que en ellas no caben tratos discriminatorios pero terminar de nuevo insistiendo en que el comerciante podrá “*ofrecer, de forma no discriminatoria, condiciones diferentes, incluidos precios distintos, en puntos de venta distintos, como tiendas y sitios web, o realizar ofertas específicas solo a un determinado territorio de un Estado miembro*”.

Lo cierto es que la doctrina aparentemente no discutía respecto a este punto y, aunque la redacción quizás sea más clara en la actualidad (ya que incide en un aspecto

que, en la Propuesta, si bien podía estar claro, no se trataba con tanta precisión) denota en cualquier caso la dirección de la discusión durante los debates de la propuesta del Reglamento y el ánimo protector de la libertad de empresa que parece que reinó. No es trascendente en la medida en la que especifica en el articulado algo que estaba implícito en la normativa, pero es una muestra del escéptico con el que se abordó la regulación.

En esta línea también se puede interpretar lo introducido en el apartado tres de este artículo cuatro el cual recoge que “*La mera observancia de la prohibición establecida en el apartado 1 no implicará por sí misma que el comerciante esté sujeto a una obligación de cumplir los requisitos legales nacionales no contractuales relacionados con los productos y servicios respectivos del Estado miembro del cliente o de que informe a los clientes sobre esos requisitos.*” Complementado con el Considerado 29 y que trata de evitar que los comerciantes tengan que afrontar nuevas obligaciones fruto de esta normativa (lo cual tampoco estaba previsto en la Propuesta de Reglamento).

También esta prohibición encontrará el mismo límite que las previsiones del artículo tercero, las disposiciones comunitarias o Estatales que “*impidan*” la compraventa de productos o prestación de servicios a ciertos clientes o a ciertos clientes de ciertos territorios. Como se mencionó al pie del artículo anterior no tendría sentido que a través del Reglamento de *geoblocking* se pudiesen violar las disposiciones legales, este ha sido precisamente uno de los argumentos de los autores más escépticos de la normativización de este fenómeno.

Hay que destacar la redacción del artículo ya que al redactarse la no aplicación del artículo en aquellos casos en los que una disposición normativa “*impida que el comerciante venda productos o preste servicios a determinados clientes o a clientes situados en determinados territorios*” no se está refiriendo en realidad a la posibilidad de poder ofrecer condiciones generales de acceso diferentes, sino a disposiciones legales que no permitan adquirir el producto o servicio. Por eso en realidad lo que este apartado articula es que no se podrá en estos casos llevar a cabo la contratación del producto o servicio (por lo tanto, no habrá unas condiciones generales diferenciadas ya que en el supuesto no existirán condiciones generales que se puedan suscribir).

En muchas ocasiones es el único medio eficaz para evitar ciertas trasgresiones legales. Así lo comprendió por ejemplo un tribunal del Estado de Kentucky, EE. UU. que en 2014 ordenó a una web de apuestas introducir el *geoblocking* en su web para impedir el acceso a los ciudadanos de ese Estado.⁵³ Además el geobloqueo también será una herramienta útil para la implementación nacional de ciertas normativas como pueden ser la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Esta es una de las conclusiones que podemos extraer del caso *Google Spain S.L. v. Agencia Española de Protección de Datos*⁵⁴ en el cual se trata de compaginar el denominado “derecho al olvido” y el derecho a la información⁵⁵.

En este supuesto un hombre reclamó al periódico La Vanguardia además de a Google (Google Spain y Google Inc.) que se eliminara la información relativa a un antiguo embargo de sus inmuebles fruto de las deudas contraídas con la Seguridad Social. La Agencia Española de Protección de Datos desestimó su reclamación contra el periódico, pero sí prosperaron las Registradas contra Google debido a que entendió que el motor de búsqueda se sujeta a la Ley de Protección de Datos Española y debe tomar medidas para proteger la información personal de los ciudadanos.

La multinacional interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Nacional que elevó cuestión al Tribunal Europeo de Justicia sobre la aplicación de la Directiva 95/46 *relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos* (la normativa vigente en ese momento sustituida posteriormente por el Reglamento 2016/679, el cual motivo la adopción de la LO 3/2018 para lograr una mejor implementación), el cual entendió que la multinacional debe garantizar el derecho a la privacidad eliminando o suprimiendo la información conflictiva en sus motores de búsqueda aunque deberá equilibrarse con el interés público de acceso a la información⁵⁶.

Si bien cuando fue valorado este asunto regía una normativa distinta hoy en día podemos comprender que quizás el *geoblocking* todavía pueda ser un medio interesante

⁵³ *Jazette Enterprises Ltd. v. Commonwealth of Kentucky*, Corte de Apelación de Kentucky, 21 de febrero de 2014. Así lo recoge TRIMBLE, M. “The role of... IDP 23, 2016 p.50

⁵⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de la Gran Sala de 13 de Mayo de 2014, *Google Spain SL v. Agencia Española de Protección de Datos*, C-131/12, EU:C:2014:317

⁵⁵ TRIMBLE, M. “The role of... IDP 23, 2016 p.50

⁵⁶ De esta idea precisamente es de la cual los operadores como Google infieren que cabría hacer uso del *geoblocking* para compaginar ambos derechos, dando lugar a la sentencia *Google Inc. v. CNIL*

a través del cual se pueden compaginar ambos derechos en caso de existir intereses concurrentes. Hoy este derecho al olvido, mucho más desarrollado que entonces⁵⁷, lo podemos encontrar en el artículo 93 de nuestra Ley Orgánica y en el artículo 17 del Reglamento 2016/279. Ambos recogen la posibilidad de suprimir de los resultados de la búsqueda resultados oprobiosos para el individuo teniendo en cuenta las circunstancias personales, el tiempo transcurrido, el interés público que pudiesen tener, etc. Si conforme a estos criterios prevalece el derecho del individuo deberán suprimirse “*cualquier enlace a esos datos personales, o cualquier copia o réplica de los mismos*”.

Si bien de acuerdo a la legislación vigente hoy no se contempla el bloqueo geográfico distinguiéndose entre diferentes interfaces nacionales de los Estados Miembros en estas circunstancias, puede que fuera un buen instrumento para compaginar el derecho a la información de interés general (si concurre en el caso de manera de manera relativa) y a la privacidad del individuo estableciendo barreras a estos datos desde las interfaces nacionales (al ser este el ámbito en el cual la persona con carácter general desarrollará su vida siendo este ámbito de protección suficiente) en aquellos casos límite y quizás como antesala a su supresión total o como medida cautelar⁵⁸. De hecho, el TJUE resolvió en Septiembre de 2019 (Asunto *Google Inc. v Commission nationale de l'informatique et des libertés* C-507/17) que estas obligaciones de supresión a los motores de búsqueda solo se imponen a nivel comunitario⁵⁹, por lo tanto, lo que en el fondo se practica en la actualidad es el *geoblocking* de todos los situados en Estados de la Unión en el acceso a esta información “suprimida”, por lo tanto, de manera relativa⁶⁰.

Los motores de búsqueda son específicamente uno de los servicios regulados en 4.1.b) que además está expresamente mencionado en el Considerando 24 del

⁵⁷ ZALNIERIUTE, M. “Google LLC v. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)” en *American Journal of International Law*, Volumen 14, Número 2, 16 de abril de 2020. p.6

⁵⁸ PADOVA, Y. “Is the right to be forgotten a universal, regional, or ‘glocal’ right?” en *International Data Privacy Law*. Vol. 9 N° 1. 25 de enero de 2019 p.15

⁵⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de la Gran Sala de 24 de Septiembre de 2019, *Google LLC v. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*, C-507/17, EU:C:2019:772. En su párrafo 64 señala que “*currently, there is no obligation under EU law, for a search engine operator who grants a request for de-referencing made by a data subject [...] to carry out such a de-referencing on all the versions of its search engine*”

⁶⁰ Dicho esto, la Unión reconoce que las autoridades competentes podrían imponer eventualmente que se suprimiera de los motores de búsqueda a nivel mundial tras una adecuada ponderación del derecho al olvido y el derecho a la información, reconociendo el TJUE implícitamente que la Unión podría eventualmente ampliar el ámbito de aplicación del Reglamento 2016/279 hasta exigir que la supresión de los resultados tuviese un efecto mundial. ZALNIERIUTE, M. “Google LLC v... en *AJIL*, Vol. 14, N° 2, 16 de abril de 2020. p.7

Reglamento. Por este motivo será en principio uno de los servicios en lo que el geobloqueo está proscrito con carácter general pero que, conforme al apartado quinto de este artículo, en ciertos casos podrá ser aplicado para garantizar el cumplimiento de otras disposiciones legislativas como por ejemplo el derecho al olvido.

Es solo un ejemplo pero es una muestra de los diferentes vertientes que puede presentar el *geoblocking*, no constituyendo siempre un instrumento negativo sino necesario y conveniente para los ciudadanos Europeos, ya sea para que se les proteja frente a actividades prohibidas en su país, para tutelar sus derechos de la personalidad o, como ahondaremos al presentar la problemática relativa a la propiedad intelectual y los derechos de autor, para no trasgredir las licencias territoriales otorgadas por los titulares de ciertos servicios audiovisuales en línea que, sea más o menos criticable la regulación, deberá garantizarse su respeto. Excepto en este último caso que no entra en el ámbito material del argumento, el artículo 4.5 garantizará toda esta serie de previsiones legislativas de una manera lógica y adecuada.

Por último, también hay que mencionar el artículo 4.5 *in fine*, el auténtico límite a la previsión de este artículo⁶¹. En él se establece que sí será posible ofrecer unas condiciones generales de acceso diferentes a los clientes de determinados territorios en el caso de las ventas de libros para cumplir la legislación de los Estados que al comerciante le vinculen. En este caso, frente a lo previsto en el artículo 4.5 que permite impedir el acceso a productos o servicios si es necesario para cumplir la ley en un mercado específico, en la venta de libros sí que es posible discriminar en las condiciones de acceso a este producto, ya que, dados los motivos que han de concurrir, será un caso en el cual estará plenamente justificado.

III.3.3 Por motivos relacionados con el pago

Esta será la última vertiente de las prohibiciones de *geoblocking* en sí mismas. El artículo 5 del Reglamento establece la no discriminación por motivos relacionados

⁶¹ RUBIO, P. “El principio del fin... *LLD* 6262, 2017. p. 22

con el pago en aquellos casos en los cuales el legislador comunitario entiende que no existirá un motivo objetivos para discriminar a los clientes.

De entrada, el artículo no solo preverá la nacionalidad, residencia o lugar de establecimientos como los parámetros en base a los cuales no cabrá discriminar, el artículo también incluye la ubicación de la cuenta de pago, el lugar de establecimiento del proveedor de servicios de pago y el lugar de emisión del instrumento de pago en la Unión ya que todos son datos que pueden servir de base para geo-discriminar a los clientes y que pueden ser fácilmente averiguados por el comerciante a la hora de tramitar el pago.

Además, en este caso se parte siempre de la base de que el comerciante podrá libremente elegir los medios de pago que acepta, sin ninguna restricción en este sentido. Ahora bien, una vez elegidos estos medios no podrá aplicar condiciones distintas de pago en base a los parámetros vistos si se dan tres requisitos contenidos en el apartado 1 del artículo.

El primer requisito será que la operación “*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*”. El segundo será que se deberán cumplir los requisitos de autenticación configurados en la Directiva 2015/2366. El tercero y último será que el pago se realice en una moneda que el comerciante acepte.

En caso de darse estos tres requisitos el comerciante no podrá imponer unas condiciones diferenciadas en base a los criterios vistos ya que en principio no le acarreará perjuicios o costes adicionales⁶² y además se garantizan sus dos preocupaciones dadas las previsiones del artículo, la seguridad de la transacción y libertad empresarial.

Esto es lo que se puede deducir de las dos modificaciones introducidas en el Reglamento en este artículo 5.1. De entrada, se añade expresamente que los requisitos deberán de cumplirse respecto de los “*medios de pago que acepte el comerciante*” para que sea aplicable el artículo (y asegurar así su libertad de empresa para decidir los medios que estime oportunos) y la modificación en el segundo requisito (5.1.b) en el

⁶² RUBIO, P. “El principio del fin... LLD 6262, 2017. p. 23

cual antes solo se recuerda que el beneficiario pudiese solicitar la autenticación reforzada con arreglo a la Directiva 2015/2366 (la cual recoge requisitos de seguridad estrictos para el inicio y tratamiento de los pagos reduciendo el riesgo de fraude)⁶³ y que ahora los requisitos para la autenticación se deben cumplir en todo caso. En esta última modificación el fondo es el mismo, pero aparentemente los términos más taxativos parecen ir en la dirección de que en todas las transacciones se autenticuen conforme a esta norma cuando inicialmente solo parece prever la posibilidad de que se lleve a cabo a voluntad del comerciante (aunque en su considerando 24 parece indicar lo mismo que la redacción actual del requisito así que puede que por lo tanto lo que realmente se produjera es la corrección del Reglamento final para adaptarlo a lo que realmente era la voluntad legislativa de la propuesta).

Además, se introduce una novedad que apunta en esta misma dirección, tratando de garantizar que no se produzca el impago y reducir los riesgos de la transacción. El artículo 5.2 prevé que *“En casos justificados por razones objetivas, la prohibición establecida en el apartado 1 no impedirá al comerciante aplazar la entrega de los productos o la prestación del servicio hasta tener constancia de que la operación de pago se inició correctamente.”* Esta será una garantía añadida para el comerciante que podrá ejercitar si estima conveniente y que es otra muestra de las ya mencionadas conversaciones que sucedieron a la Propuesta de Reglamento temerosas de la falta de garantías para los empresarios. Sin perjuicio de esto, lo cierto es que es una introducción práctica y que no supone una carga desproporcionada para ninguna de las partes intervinientes asique nada se puede objetar a ella.

Por último, el artículo 5.3 introduce un complemento al artículo 1 ya que reconoce expresamente que en caso de que el instrumento de pago tarjeta le genere gastos al comerciante debido a que sus tasas de cambio no se regulan en el capítulo II del Reglamento 2015/751 o que no se le aplica el Reglamento 260/2012 podrá reclamar el abono de estos (excepto si la legislación nacional en virtud del artículo 62.5 de la Directiva 2015/2366 ha proscrito esto). Ahora bien, esto sólo será posible reclamarlo por la cantidad que le suponga al comerciante la utilización de la tarjeta, no siendo posible cargar debido a esto una cantidad superior.

⁶³ Así lo especifica el considerando 33 de este Reglamento

Esto es la prueba de que en el Reglamento en todo momento se trata en que el comerciante no tenga que asumir mayores gastos económicos o cargas fruto de la proscripción del *geoblocking*, estando en esos casos justificado negarse a suministrar productos o servicios o sujetar el negocio a la aceptación de unas condiciones distintas fruto de las cuales asuma el gasto extra el cliente. Esto, claro está, en la medida en la que efectivamente le suponga una carga económica y solo pudiendo repercutir esta. Como recoge el considerando 33 “*un trato diferenciado puede basarse solo en razones objetivas y debidamente justificadas*”.

III.4 LAS VENTAS PASIVAS

En lo relativo a las ventas pasivas el texto tratará de lograr un equilibrio entre las normas sobre competencia y la aplicación de este reglamento⁶⁴. Lo regulará el artículo 6 y recoge en su primer apartado que “*Sin perjuicio del Reglamento (UE) n.o 330/2010 y del artículo 101 del TFUE, el presente Reglamento no afectará a los acuerdos por los que se restringen las ventas activas en el sentido del Reglamento (UE) n.o 330/2010, o a los acuerdos por los que se restringen las ventas pasivas en el sentido del Reglamento (UE) n.o 330/2010 que conciernan a las transacciones que no entran dentro del alcance de las prohibiciones recogidas en los artículos 3, 4 y 5 del presente Reglamento.*”

Este artículo lo que expresará es que en principio este Reglamento no afectará a aquellos acuerdos de restricción de las ventas activas siempre que estos no se correspondan con aquellos recogidos en el artículo 101.1 del TFUE (acuerdos incompatibles con el mercado interior y que quedan prohibidos al considerarse anticompetitivos) o, que sí es este caso, estén exentos conforme al apartado tres de este artículo (el cual recoge las exenciones por categoría, acuerdos a los que el primer apartado no les es aplicable y están, por lo tanto, dentro de la legalidad) complementado

⁶⁴ URÍA MENÉNDEZ. *Regulation (EU) 2018/302 on geo-blocking*. Diciembre 2018. Disponible en: https://www.uria.com/documentos/circulares/1029/documento/8325/Regulation_on_geo-blocking.pdf

por el Reglamento 330/2010⁶⁵. En el caso de las ventas activas el Reglamento no las afectará en todo caso, incluso aunque implique la utilización del *geoblocking* en las modalidades y supuestos que esta norma prohíbe.

Este primer apartado recoge además que el Reglamento tampoco es aplicable a los acuerdos de restricción de las ventas pasivas si estos no implican el bloqueo o limitación en el acceso a interfaces en línea injustificadamente, la aplicación de condiciones generales diferentes para el acceso a sus productos o servicios o discriminación por motivos relacionados por el pago.

En caso contrario se aplica el apartado 2 que estipula que *“Los acuerdos que impongan a los comerciantes, con respecto a las ventas pasivas en el sentido del Reglamento (UE) n.o 330/2010, la obligación de actuar en incumplimiento de la prohibición recogida en los artículos 3, 4 y 5 del presente Reglamento serán nulos de pleno derecho.”*

De esta manera el Reglamento declara nulos todos aquellos acuerdos que restrinjan las ventas pasivas incumpliendo las previsiones sobre *geoblocking* contenidas en él. El considerando 34 recoge cómo en principio los acuerdos sobre restricción de ventas pasivas se encuentran entre los prohibidos del artículo 101.1 del TFUE, pero si eventualmente estuvieran exentos de cumplir esta previsión o no se incluyeran dentro de estos acuerdos prohibidos debe a pesar de todo garantizarse la aplicación de los artículos 3, 4 y 5 de este Reglamento anulándose todo acuerdo contrario a ellos. El considerando nos propone además un ejemplo, *“restricciones contractuales que impiden a un comerciante atender a solicitudes espontáneas de clientes individuales en relación con la venta de productos, sin entrega, fuera del territorio asignado contractualmente por motivos relacionados con la nacionalidad, el lugar de residencia o el lugar de establecimiento del cliente”*.

El primer apartado de este artículo 6 no se incluía en la propuesta de Reglamento y lo que hace es establecer la prevalencia con carácter general de las reglas sobre competencia siempre que no se restrinjan las ventas pasivas⁶⁶. En caso de que el acuerdo restrinja estas y sea contrario al Reglamento (ya sea conforme al derecho de la

⁶⁵ Reglamento 330/2010 de 20 de abril *relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas*

⁶⁶ URÍA MENÉNDEZ. *Regulation...* Diciembre 2018

competencia o no) este segundo apartado establece que serán nulos debido a que si no existe el riesgo “*de que puedan ser utilizados para eludir las disposiciones del presente Reglamento.*”⁶⁷

De esta manera se logra compatibilizar las previsiones de este Reglamento con las normas sobre competencia ya que, como hemos mencionado y estudiaremos en el siguiente apartado, el *geoblocking* en muchos casos puede responder a prácticas concertadas entre proveedores o distribuidores⁶⁸, ya sea en abuso de su posición dominante (artículo 102 TFUE recoge estas prácticas incompatibles con el mercado interior) o ya sea restringiendo su competencia a través de acuerdos (recogido en el artículo 101 TFUE). En los casos en los que un acuerdo bilateral o multilateral restringa las ventas pasivas en base a los tres motivos en los que el Reglamento se centra, nacionalidad, domicilio o lugar de establecimiento, no tendría sentido que a través de este contrato se pudiese huir de la prohibición de geo-discriminación, por eso la sanción de estas cláusulas con la nulidad se articulará como el mecanismo necesario para garantizar la normativa comunitaria en este ámbito.

III.5 EJECUCIÓN E IMPLEMENTACIÓN EN ESPAÑA.

La ejecución e implementación del Reglamento se regulará a través de los artículos 7 y 8 del Reglamento, los cuales tratarán de coordinar los elementos básicos de la ejecución al ser los Estados los encargados de regular las sanciones que se impondrán en caso de infracción.

Los artículos serán bastante parcos a este respecto. El encargado de regular la ejecución será el artículo 7, el cual encarga a cada Estado miembro designar uno o más organismos responsables de la ejecución “*adecuada y efectiva*” del Reglamento. Asimismo, prevé que también serán los Estados Miembros los que determinarán cuáles son las normas para sancionar las infracciones de la normativa y garantizar su ejecución, debiendo ser eficaces, proporcionadas y disuasorias. El artículo termina estableciendo

⁶⁷ Considerando 34

⁶⁸ RUBIO, P. “El principio del fin... LLD 6262, 2017. p. 24

que en caso de que se detecten infracciones y se sancionen estas deberán ser comunicadas a la comisión para que las publique en su sitio web.

Por su parte el artículo 8 se limita a prever que los Estados designarán uno o más organismos encargados de proporcionar asistencia práctica a los consumidores en caso de que se vean inmersos en una controversia con un comerciante fruto de la aplicación de este Reglamento.

Estas son todas las previsiones al respecto en el Reglamento, derivando por lo tanto a los Estados la regulación de estos. Lo contenido de los artículos no será más que una pequeña guía para los Estados⁶⁹ pues la mayor parte de aspectos se encuentran indeterminados.

Los Considerandos en este aspecto no delimitarán el régimen más que el articulado. El considerando 35 acompaña al artículo 7 y delimita que el órgano nacional designado para adoptar las medidas que garantizarán el Reglamento podrá ser jurisdiccional o una autoridad administrativa, por lo tanto, no restringirá el enorme margen discrecional otorgado. En lo relativo al octavo artículo y la asistencia del consumidor el Considerando 36 se limita a prever que cabe que los encargados de esta tarea sean los organismos creados conforme al Reglamento 524/2013 *sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo*, siendo esto precisamente lo que ha hecho España.

Se han introducido además algunas reformas respecto a la propuesta de Reglamento que dan muestra del intento de flexibilizar estos aspectos en mayor medida de lo previsto originalmente. Primero se suprime la previsión de que sean los Estados los que velen por que el organismo elegido para la ejecución del Reglamento cuente con recursos. Además, el término “sanciones” de la propuesta original es sustituido por “medidas”, de un carácter más abierto, permitiendo una mayor flexibilidad a los legisladores nacionales.

Este mismo fenómeno se puede observar en cuanto a la asistencia de consumidores. Mientras que originalmente se preveía que los organismos responsables de la ejecución debían proporcionar a los consumidores un modelo de formulario

⁶⁹ GEORG, P. “EU Geo-blocking rules – need for action in Switzerland?” en *Jusletter*, 21 de Octubre de 2019.

uniforme para que presenten sus reclamaciones, este apartado fue suprimido en la versión final de Reglamento. También dejan de esta manera un mayor margen de actuación a los Estados ya que este sistema parece que se adapta mejor a un modelo de control administrativo, desterrado de esta manera la posibilidad de decantarse por un modelo judicial.⁷⁰

Otro aspecto en cuanto a la reclamación que el Reglamento tampoco delimitará será cuál es el organismo encargado de conocer estas, aquel en el cual se ha tratado de llevar a cabo la operación o aquel del comerciante o del que parte el bien o servicio.⁷¹ Esto será especialmente relevante si tenemos en cuenta que las sanciones dependerán del Estado en el que se tramite esta reclamación. En última instancia parece que lo más conveniente es que se dejen abiertas ambas posibilidades ya que no cabe que se restrinjan derechos a los consumidores o comerciantes por la falta de una regulación expresa en el Reglamento.⁷² En cualquier caso, si los consumidores de varios Estados se vieran afectados por alguna infracción del Reglamento los órganos encargados de su ejecución en los respectivos países deberán colaborar conforme al Reglamento 2017/2394 *sobre la cooperación entre las autoridades nacionales responsables de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.o 2006/2004* (el cual crea *The CPC Network* y también es conocido como *The Consumer Protection Cooperation Regulation*).⁷³

Pasando al análisis de la ejecución efectiva de esta norma la Comisión Europea ha dispuesto una sitio web en el que cabe consultar cuales han sido los términos en los que los diferentes Estados Miembros han decidido regular estas cuestiones⁷⁴. La Comisión distingue tres apartados relevantes: los organismos designados como responsables de la ejecución de esta norma, los órganos designados para prestar asistencia a los consumidores y las medidas que serían aplicadas en caso de incumplimiento.

En el caso de España los órganos designados como responsables de la ejecución han sido las correspondientes direcciones generales de consumo y de turismo de cada

⁷⁰ MARTÍ, V. *Geobloqueo y ...* p. 41

⁷¹ GEORG, P. "The EU Geo-Blocking Regulation from a Competition Law Perspective" en *Journal of European Competition Law and Practice*, 2020. pp .9-10

⁷² MARTÍ, V. *Geobloqueo y ...* p. 41

⁷³ EUROCOMMERCE. *FAQ on the implementation of the Geoblocking Regulation*. Marzo 2018. p.27

⁷⁴ <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/geo-blocking>

Comunidad Autónoma (y órganos equiparables, algunas comunidades cuentan con otras denominaciones como agencia, instituto, etc.). Esto se debe a que la defensa de los consumidores y usuarios es una competencia compartida por el Estado y las Comunidades Autónomas⁷⁵.

En el caso de Castilla y León, el artículo 71.1.5º de nuestro Estatuto de Autonomía (LO 14/2007 de 30 de noviembre) recoge que la Comunidad Autónoma será la competente para el desarrollo normativo y la ejecución de la legislación del Estado en esta materia. Específicamente la Dirección General de Comercio y Consumo y la Dirección General de Turismo. De forma equivalente el resto de las CC.AA. han asumido esta competencia y en la actualidad los diferentes gobiernos autonómicos son los responsables de que sea ejecutada la legislación relativa a los derechos de los consumidores y usuarios.

En cuanto al órgano encargado de la asistencia de los consumidores, como ya se ha adelantado, nosotros nos hemos decantado por establecer que este sea, como propone el considerando 36⁷⁶, el creado con motivo del Reglamento 524/2013. En el caso de España en rigor tampoco se creó un órgano, sino que designó uno que ya existía previamente, el Centro Europeo del Consumidor (el designado en el artículo 43 de la ley 7/2017 *por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo* como el órgano que cumplirá las funciones del artículo 7 del Reglamento 529/2013, referido a la resolución de litigios en línea).

Este órgano fue creado en el año 2005 y forma parte de la Red ECC-Net (*European Consumer Centre-Network*). El centro con carácter general se ocupa de ofrecer información, asistencia y asesoramiento gratuito a los consumidores nacionales que se vean inmersos en problemas derivados de transacciones llevadas a cabo con empresas con sede en otros Estados miembros. Cabrá presentar una reclamación ante

⁷⁵ COMISIÓN EUROPEA. National Consumer bodies – Spain. Septiembre de 2016. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/national-consumer-organisations_es_listing_0.pdf

⁷⁶ Así lo han hecho en concreto 26 de los Estados de la Unión. Así lo recoge el documento COMISIÓN EUROPEA. *Part 1/2 First short-term review of the Geo-blocking Regulation Accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions on the first short-term review of the Geo-blocking Regulation*. Documento de Trabajo del Personal de la Comisión. 30 de noviembre de 2020. p.17

este órgano el cual deberá tratar de obtener una solución en vía amistosa o asistirá en la presentación de reclamaciones a través de la plataforma ODR (*Online Dispute Resolution*). De esta manera en la actualidad este Centro Europeo del Consumidor se configurará, también a efectos del *geoblocking*, como un órgano asesor del ciudadano en sus eventuales reclamaciones.

Por último, en cuanto a las medidas aplicables en caso de incumplimiento, España remite la regulación al RDL 1/2007, de 16 de noviembre, *por la que se prueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* y a la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. En este último caso se especifica que las normas aplicables serán las del Capítulo IV (artículos 32-36).

Por lo tanto, todo parece apuntar a que la Ley de Competencia Desleal será aplicable en aquellos litigios en los que se vean implicados consumidores o empresarios (ya que contarán con legitimación activa todas aquellas personas cuyos derechos se vean directamente perjudicados o amenazados⁷⁷). Asimismo, también se podrá ejercer la acción a través del régimen contemplado en el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios, recogiendo la regulación de las eventuales sanciones su Título IV.

Si eventualmente llegara el caso a los tribunales no se contempla en el Reglamento las consecuencias del incumplimiento de los artículos tres, cuatro y cinco, solo se contempla la nulidad de las cláusulas de restricción de las ventas pasivas contrarias a la norma. En el resto de supuestos estas normas vincularán al juez, que deberá aplicarlas conforme al Reglamento Roma I (al ser normas de policía del foro) y la sanción civil por su infracción le corresponderá valorarla a él conforme a esta regulación prevista y dependiendo de las consecuencias que esta haya tenido en la relación contractual.⁷⁸

Por todo esto la ejecución e implementación en España del Reglamento es un tanto insatisfactoria. No se ha tomado ninguna medida específicamente configurada para adaptarse al *geoblocking* y el régimen de sanciones es una mera remisión a unas

⁷⁷ Así lo recoge el artículo 33 de la Ley de Competencia Desleal.

⁷⁸ PAREDES, J. I. “Medidas contra el bloqueo geográfico injustificado: el Reglamento (UE) 2018/302 y su incidencia sobre las normas europeas de derecho internacional privado” en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*. Nº 35, 2018. p.20

leyes de manera un tanto indeterminada. Será decepcionante además porque, como algunos autores señalan⁷⁹, la carencia en el comercio *online* no se encuentra tanto en los mecanismos *ex ante* como en los mecanismos *ex post.*, una vez que se ha producido la infracción del reglamento y se ha dañado al cliente.

Indudablemente la regulación de esta práctica es una noticia positiva. Permite frenar una práctica que compartimenta los mercados y perjudica a los consumidores europeos que, a falta de esta, se podrían ver discriminados en base a su domicilio, nacionalidad o sede sin que existiera un motivo objetivo. Este Reglamento junto con las demás normas relativas a la protección de los consumidores o a detectar las prácticas anticompetitivas son beneficiosas para los ciudadanos de la Unión y para la promoción del Mercado Único y el Mercado Único Digital. A pesar de todo esto la norma adolece de carencias a la hora de regular su ejecución e implementación, precisamente los aspectos de los que en gran medida dependerá su efectividad y su éxito. Habrá que acudir a los ordenamientos nacionales de los distintos Estados miembros para saber cómo se materializa su aplicación, la cual no será simétrica en aspectos tan importantes como, por ejemplo, las sanciones, cuyos máximos y mínimos difieren de manera importante.⁸⁰

En cualquier caso, para conocer su incidencia real y su efectividad habrá que esperar a verla en la práctica. En la actualidad no ha trascendido ningún caso importante en el cual se haya condenado en base a este Reglamento. El caso *Valve*⁸¹, el cual se analizará al respecto de la relación del *geoblocking* con el derecho de la competencia, aparentemente es un supuesto que escapa al ámbito de este Reglamento, motivo por el cual ha sido condenada en base al derecho de la competencia.

A pesar de todo, también hay que tener en cuenta Reglamento no lleva mucho tiempo en vigor y por lo tanto es también posible que falten datos sobre su aplicación por este motivo. La Comisión en su informe revisando el Reglamento recoge que los Centros Europeos del Consumidor han recibido alrededor de 300 consultas con motivo

⁷⁹ MARTÍ, V. “Obstáculos al mercado... en *ADI 37, 2016-2017* p. 58

⁸⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la primera revisión a corto plazo del Reglamento relativo al bloqueo geográfico*. Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías. 30 de noviembre de 2020. P.4

⁸¹ Casos AT.40413, AT.40414, AT.40420, AT.40422, AT.40424. Comunicado de Prensa de la Comisión Europea (20 de Enero de 2021) disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/en/ip_21_170/IP_21_170_EN.pdf

de la infracción del Reglamento, la mayoría de ellas alegando la infracción de su artículo 4. Alrededor de dos tercios de estas se solucionaron informando a los consumidores sobre los límites del reglamento y sólo 70 de estos continuaron con el proceso de reclamación. En casi la mitad de los casos se alcanzó una solución amistosa.⁸²

Donde sí se han registrado resultados positivos es en cuanto a la práctica del *geoblocking* por parte de los comerciantes online. Así lo recoge la Comisión en su informe contrastando los datos entre el estudio llevado a cabo en el 2015⁸³ y una nueva *Mystery Shopping Survey* realizada en 2019. La restricción en el acceso a las páginas se ha reducido a casi la mitad. También se reducen de manera importante los fallos a la hora de registrarse en las webs durante los procesos de compra, aunque se mantienen los problemas durante el pago.⁸⁴

Con todo, la propia Comisión reconoce que los efectos positivos de este Reglamento cuentan con margen de mejora si se optimizase su ejecución. Por eso la Comisión⁸⁵ aboga por adoptar medidas en el corto plazo para asegurar la aplicación completa de la normativa por parte de los Estados, para mejorar la cooperación entre las autoridades nacionales designadas como competentes dentro de la red CPC y para que se preste más orientación en cuanto la aplicación del Reglamento y su relación con la Directiva de servicios y su principio general de no discriminación.⁸⁶

En conclusión, aunque este Reglamento es sin duda un paso en la dirección correcta, probablemente no sea lo suficientemente ambicioso. Proscribe una discriminación muy enraizada en el mercado digital hasta la fecha en base a una serie de parámetros tasados muy claros, lo cual en principio le permitiría convertirse en un mecanismo ágil y práctico. En cambio, su régimen de aplicación no es claro y, si bien permite identificar de forma sencilla los supuestos de infracción del Reglamento, la sanción de sus conductas o la reparación, en sus caso, de los clientes discriminados no contará con un régimen lo suficientemente unificado u operativo, lo cual irá en detrimento de su efectividad.

⁸² COMISIÓN EUROPEA. *Part 1/2 First short-term review...* pp. 19-21

⁸³ COMISIÓN EUROPEA *Mystery Shopping survey on territorial restrictions and geo-blocking in the European Digital Single Market*. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. 2016

⁸⁴ COMISIÓN EUROPEA. *Part 1/2 First short-term review...* pp. 28-40

⁸⁵ COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión ...* P.17

⁸⁶ Artículo 20.2 de la Directiva 2006/123

IV. LÍMITES Y PROBLEMÁTICA DEL *GEOBLOCKING*

IV.1. La propiedad intelectual y derechos de autor

La falta de unificación en el ámbito de la propiedad intelectual y los derechos de autor ha sido uno de los focos de preocupación de la Comisión Europea desde el año 2010⁸⁷ que, dentro de su Agenda Digital, defendió que debía producirse una apertura en el acceso a los contenidos a los consumidores favoreciendo la concesión de licencias transfronterizas y paneuropeas en el sector audiovisual. Desde su punto de vista estas estimularían *“la creatividad y ayudarán a los productores y difusores de contenidos, en beneficio de los ciudadanos europeos. Tales soluciones deberían preservar la libertad contractual de los titulares de derechos. Estos no estarían obligados a conceder licencias para la totalidad del territorio europeo, sino que serían libres de restringir sus licencias a determinados territorios y a fijar por contrato el nivel de los cánones de las licencias.”*⁸⁸

Actualmente, más de una década después, el debate sobre estas propuestas sigue candente, en cuanto a si es o no positivo para el mercado⁸⁹ e incluso cuestionando si la concesión debería tener un carácter voluntario u obligatorio⁹⁰. ¿Pero por qué está todo esto relacionado con el *geoblocking*?

Como ya se ha mencionado en otros apartados el sistema de *copyright* como actualmente se configura en la Unión es un sistema definido por la territorialidad de estos derechos y que habitualmente se articula sobre contratos de licencia nacional

⁸⁷ COMISIÓN EUROPEA. *Una Agenda Digital para Europa*. INFSO. 19 de mayo 2010

⁸⁸ *Ibid* p.9

⁸⁹ TRIMBLE, M. “Copyright and Geoblocking: The Consequences of Eliminating Geoblocking” en *Boston University Journal of Science & Technology Law*, Volumen 25, Número 2, 7 de febrero de 2019, pp. 494-502

⁹⁰ Así lo plantea ELENI SYNODINOU en su artículo “Geoblocking in EU Copyright Law: Challenges and Perspectives” en *GRUR International. Journal of European and International IP Law* Volumen 69, 2020 pp. 147-150, manifestándose en su caso a favor de que el comerciante deba suministrar obligatoriamente estos servicios de forma transfronteriza a través de un sistema de licencia obligatoria por parte de los propietarios de la propiedad intelectual en base la libertad de circulación de bienes y servicios y el derecho de las personas a la cultura que entiende que el TJUE reconoce implícitamente el caso *Commission v. Spain* de 15 de marzo de 1994.

exclusiva. Para garantizar su cumplimiento los titulares de los derechos de autor acudirán al *geoblocking* para restringir el acceso a este contenido en base a la localización geográfica del usuario cuando este se encuentre fuera del territorio delimitado en su licencia⁹¹.

Dentro de la Estrategia para el Mercado único Digital publicada en el año 2015 se recoge la regulación de ambas instituciones entre algunos de los principales objetivos de la Unión, proponiendo Jean-Claude Juncker expresamente modernizar los derechos de propiedad intelectual “*a la luz de la revolución digital*” (lo cual podríamos hacer a la luz del artículo 118 del TFUE, que expresamente contempla la adopción de medidas en este capo para mejorar el funcionamiento del mercado interior). En cambio, hoy nos encontramos con un panorama no muy distinto al reinante entonces con tantos sistemas de propiedad intelectual como Estados Miembros y tan sólo esporádicas armonizaciones en ámbitos muy específicos⁹² y algunos pronunciamientos en la materia del TJUE.

El principio de territorialidad en los sistemas de propiedad intelectual permite fragmentar los mercados, motivo por el cual también se proyectará sobre este ámbito el derecho de la competencia y se podrá evaluar su infracción en los casos concretos. Así por ejemplo en *The Murphy Ruling*⁹³ el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sin cuestionar la legitimidad de conceder licencias exclusiva, entendió contrario al artículo 101 TFUE la restricción absoluta de las ventas pasivas llevada a cabo por la *Premier League* inglesa, la cual introducía en los contratos con sus licenciatarios una cláusula en la que les prohibía ofrecer su servicio a los suscriptores fuera del territorio para el que ostentaban la licencia exclusiva. Esto supone una evolución respecto a las sentencias *Coditel I* y *II*⁹⁴ (de 1980 y 1982 respectivamente) en las cuales el Tribunal se pronunció sobre la segmentación geográfica de derechos audiovisuales a través de licencias exclusivas, pero en este caso la consideró indispensable para la supervivencia de estos mercados entendiendo que no restringe o distorsiona la competencia.

⁹¹ SYNODINOU, E. “Geoblocking in ...” *GRUR IJJEIPL* Volumen 69, 2020 p. 136

⁹² Este es el caso del Reglamento 2017/1128 *relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior*, la Directiva 2019/770 *relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales* o la Directiva 2012/28/UE *sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas*. Destaca especialmente la Directiva 2001/29/CE *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 información*. Todas regulan aspectos particulares de la propiedad intelectual, pero sin emprender reformas profundas de los sistemas nacionales.

⁹³ TJUE C-429/08 *Karen Murphy v. Media Protection Services Ltd.* y C-403/08 *Football Association Premier League Ltd and others*

⁹⁴ Casos *Coditel I* C-62/79 de 18 de marzo de 1980 y *Coditel II* C-262/81 de 6 de octubre de 1982

Mucho más recientes es la Sentencia del Tribunal General denominada “*La decisión Canal +*”⁹⁵ en la cual éste entendía válido el compromiso llevado a cabo por *Paramount Pictures International Ltd* con la Comisión Europea⁹⁶ (la cual inició una investigación de la compañía para estudiar la compatibilidad de sus acuerdos de concesión de licencias sobre contenidos audiovisuales con el artículo 101 TFUE y 53 del acuerdo sobre el EEE los cuales contenían cláusulas de exclusividad territorial absolutas)⁹⁷ para no velar por el cumplimiento de las cláusulas de este tipo incluidas acuerdos.

Canal +, el concesionario exclusivo de Paramount en Francia, entendió que no era oponible frente a él este acuerdo y que las cláusulas se justificaban para la protección de la propiedad intelectual. Es especialmente relevante en la sentencia su apartado 56, el cual recogía que si bien “*nada impide que el titular de derechos (refiriéndose a Paramount) pueda reclamar un suplemento a cambio de una licencia que tenga en cuenta la audiencia efectiva y potencial en el conjunto del EEE. En cambio, el suplemento necesariamente más importante pagado a los efectos de una exclusividad territorial absoluta se justifica por las diferencias de precio artificiales entre los mercados nacionales compartimentados, incompatibles con el objetivo esencial del Tratado, que es la realización de un mercado interior.*” De esta manera reconoce la legitimidad de la fragmentación territorial de estas licencias y, en la línea del caso *Murphy*⁹⁸, entiende que existen cláusulas para garantizar los derechos de propiedad intelectual que resultan anticompetitivas así que proponen incluir en el importe de la licencia la audiencia que pueda alcanzar en el conjunto del Espacio Económico Europeo.

A pesar de la atrevida perspectiva con la que en esta sentencia parece pretender abordar el ámbito de la propiedad intelectual (tratando de lograr lo no conseguido por la diplomacia Europea, un sistema de licencias paneuropeas, a través de la jurisprudencia),

⁹⁵ Caso Canal + T-873/16 de 12 de diciembre de 2018

⁹⁶ Decisión de la Comisión Europea de 26 de julio de 2016 asunto AT.40023

⁹⁷ TJUE (9 de diciembre, 2020) “*El Tribunal de Justicia anula una decisión de la Comisión que hizo obligatorios los compromisos propuestos por una empresa para preservar la competencia en los mercados*”. (Comunicado de Prensa nº157/20). Recuperado de: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-12/cp200157es.pdf>

⁹⁸ Ver asimismo el apartado 67 el cual recoge que este caso se “*imponen restricciones que van más allá de lo necesario para la producción y la distribución de obras audiovisuales que requieran una protección de los derechos de propiedad intelectual*” de manera equiparable al caso de la sentencia *Premier League Ltd.*

esta ha quedado anulada por el Tribunal de Justicia de la Unión en sentencia de 9 de diciembre de 2020⁹⁹ la cual consideró desproporcionado dado lo esencial que resulta para los acuerdos de esta clase la garantía de la exclusividad territorial permitir con el compromiso vaciar los derechos contractuales que ostentaban los terceros con Paramount¹⁰⁰.

En todos estos casos el geobloqueo era el instrumento que permitía garantizar las cláusulas de exclusividad territorial consideradas potencialmente anticompetitivas. La prohibición de ventas pasivas es por lo tanto una de las prácticas más frecuentes para configurar estos sistemas de propiedad intelectual exclusiva compartimentando el mercado de la Unión. En el caso de nuestro Reglamento 2018/302 recordemos que es una de las materias que el artículo 1, en su quinto apartado, excluye del ámbito de aplicación de este Reglamento. Además, también se recoge que en el ámbito de los servicios electrónicos sujetos a este tipo de derechos de autor tampoco rige la prohibición de aplicación de condiciones generales de acceso diferentes en el acceso a servicios (artículo 4.1 b.).

Un estudio de la Comisión Europea sobre el comercio digital calculó que alrededor del 57% de los derechos de autor que ostentaban los licenciatarios eran concedidos para el territorio de un solo Estado de la Unión Europea (independientemente de la categoría de contenido en la que se dieran, el tipo de operador o el modelo de negocio)¹⁰¹, articulando licencias a nivel comunitario solo alrededor del 15% de los acuerdos en este ámbito. De aquellos proveedores de estos servicios encuestados la mayoría atribuyeron su no oferta transnacional al coste que les supondría adquirir el contenido para poder venderlo en otros estados, no por factores relativos a divergencias entre las legislaciones estatales sobre derechos de los consumidores, de infraestructura de la web o por cargas impositivas.¹⁰²

Para la implementación de estas restricciones acordada el 70% de los licenciatarios decían acudir al *geoblocking*¹⁰³. De hecho, los propios acuerdos en la mayoría de casos imponían la utilización de este instrumento (especialmente en sectores

⁹⁹ TJUE C-132/19 *Groupe Canal + v. Comisión*.

¹⁰⁰ Ibid. Apartados 126 y 128

¹⁰¹ COMISIÓN EUROPEA, *Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry*. Documento de Trabajo del Personal de la Comisión, de 18 de Marzo de 2016. p. 219

¹⁰² Ibid. pp. 228 y 229.

¹⁰³ Ibid. p. 233

como la ficción televisiva, alrededor de un 74%, en el cinematográfico, con un 66%, y los deportes un 63%)¹⁰⁴

Este estudio data de 2016, el mismo año en el cual se llevó a cabo la propuesta de Reglamento que de hecho fue publicado dos meses después, pero a pesar de todos estos datos lo cierto es que la Propuesta de Reglamento excluyó parcialmente de su ámbito este tipo de servicios y fue excluido completamente en el Reglamento final. Aplazó la decisión sobre extender la regulación a este ámbito al primer informe sobre la evaluación del Reglamento (artículo 9.2) publicado en Noviembre de 2020 y que en el próximo apartado se analizará.

La armonización de los derechos de autor y de propiedad intelectual ha sido, como podemos ver, un tema conflictivo durante la última década dados los importantes intereses que se contrapondrán, por un lado los de los consumidores a los que se les impide el acceso a determinados contenidos basándose exclusivamente en el lugar en el que se encuentra, por otro lado los de los licenciantes y propietarios de los derechos, lo cuales querrán maximizar los beneficios de sus obras, y por último los intereses de los licenciarios, simultáneamente vinculados a contratos de licencia que en muchos casos les imponen el *geoblocking* pero a la vez que deseando crecer y expandirse. En el fondo es el eterno debate entre la libertad de los creadores para decidir cómo explotar económicamente sus obras y los considerados intereses de la sociedad.¹⁰⁵ ¿Pero es realmente favorable la supresión de los sistemas de distribución de licencia basados en los territorios nacionales?

La creación de licencias paneuropeas (y la consiguiente prohibición del *geoblocking* en este tipo de servicios) contaría con inconvenientes como por ejemplo la posible reserva de los propietarios de las derechos a permitir su reproducción *online*, el miedo por parte de los propios licenciarios a tener que enfrentarse a diferentes jurisdicciones, el aumento de precio en la mayoría de territorios, la barrera para competir que supondría para los pequeños licenciarios, etc. Por otro lado, también es cierto que permitiría el acceso global a nuevos contenidos, aunque también se puede objetar a esta potencial ventaja cultural que podría empobrecer el contenido al tratar de

¹⁰⁴ Ibid. p. 237

¹⁰⁵ TRIMBLE, M. "Copyright and Geoblocking: The Consequences of Eliminating Geoblocking" en *Boston University Journal of Science & Technology Law*, Volumen 25, Número 2, 7 de febrero de 2019, p. 497

estandarizarlo, lo cual amenazaría la experimentación y el uso de idiomas minoritarios.¹⁰⁶

Podemos por todo esto concluir que la prohibición total de *geoblocking* y la extensión al ámbito de la propiedad intelectual sería una solución sin duda popular ya que permitiría a los consumidores acceder a muchos más contenidos de los que tenemos disponibles actualmente.¹⁰⁷ A pesar de ello la creación de sistemas de licencia paneuropeas tendría consecuencias indeseables inmediatas en el mercado, la más clara la desaparición de los pequeños operadores que no podrían afrontar los precios de estas.

En conclusión, la supresión sería la solución más fiel con el objetivo del Mercado Único Digital que la Unión lleva años persiguiendo y sin duda daría un vuelco a la regulación del *geoblocking*, hasta ahora muy parcial, cuya importancia cualitativa y cuantitativa crecería exponencialmente con su ampliación a este sector.

IV.2 Como restricción de la competencia

Una de las vertientes más interesantes del *geoblocking* será en relación con el derecho de la competencia. Esta práctica a través de la compartimentación de los mercados puede ser llevada a cabo de manera unilateral, siendo contraria a la competencia en caso de que el operador ostente una posición dominante en el mercado de referencia, o bilateral, a través de acuerdos ora verticales (dentro de redes de distribución), ora horizontales (a través del pacto con competidores constituyendo los casos de cártel).¹⁰⁸ Esta cuestión podría dar en sí misma lugar a un trabajo diferenciado así que me limitaré a plantear sus aspectos más relevantes y problemáticos llevando a cabo una breve aproximación.

El primero de los supuestos, aquellos casos en los cuales el bloqueo geográfico se lleva a cabo como una práctica unilateral por parte de un empresa en posición

¹⁰⁶ Así lo recoge TRIMBLE, M. en “Copyright and Geo.. en *B.U. J. SCI. & TECH. L* Vol. 25, Nº 2 pp. 497-499 aunque lo hará presentando la posibilidad de la creación de una licencia global los problemas que presentaría en su modalidad europea son, aunque a menor escala, esencialmente los mismos.

¹⁰⁷ TRIMBLE, M. en “Copyright and Geo.. en *B.U. J. SCI. & TECH. L* Vol. 25, Nº 2 p. 501

¹⁰⁸ MARTÍ, V. *Geobloqueo y ...* p. 44

dominante, será una infracción del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El *geoblocking* en estos supuestos probablemente enmascararía una discriminación en las condiciones de prestación de los bienes o servicios basándose en el destino de estos, solo muy excepcionalmente estará entre las políticas de una empresa la prohibición de exportar. Recordemos que en principio el hecho de que una empresa ofrezca sus productos o servicios bajo unas condiciones diferenciadas se enmarca dentro de la libertad de empresa siempre que la discriminación responda a unos motivos objetivos, cuya carga de la prueba corresponderá a la corporación.¹⁰⁹

Por su parte los supuestos de *geoblocking* bilateral se enmarcarán dentro acuerdos, suponiendo una infracción del artículo 101 TFUE. En el caso de darse en relaciones verticales, es decir, en contratos de distribución, ésta con carácter general será una conducta contra la competencia del primer apartado de este artículo sin que habitualmente se pueda amparar en el artículo 101.3 o las exenciones por categoría de la norma que le desarrolla, el Reglamento 330/2010 de 20 de abril de 2010 *relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas*.¹¹⁰

En el caso de los acuerdos bilaterales horizontales para practicar el geobloqueo, aquel llevado a cabo entre operadores de diferentes Estados, este se configurará como un cártel siendo un supuesto de infracción por objeto del artículo 101 TFUE.

El *geoblocking* es un medio especialmente eficaz para compartimentar los mercados ya que permite erigir artificialmente barreras territoriales en el comercio electrónico que, con la creación del mercado único, en principio se derribaron. Por eso el bloqueo geográfico como instrumento a través del cual se lleva a cabo un acto contra la competencia se dará especialmente en los acuerdos verticales dentro de redes de distribución¹¹¹. Este sería el caso por ejemplo de GUESS, compañía que, entre otras prácticas, compartimentaba el mercado Europeo prohibiendo a sus distribuidores autorizados la venta transfronteriza de sus productos, independientemente de que se tratase de una venta activa o pasiva. Finalmente, la compañía sería condenada por la Comisión al considerar que sus prácticas suponían una restricción de la competencia por

¹⁰⁹ Ibid. pp 56-60

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Ibid p.46

objeto del artículo 101 TFUE imponiéndole una multa por valor de casi cuarenta millones de euros.¹¹²

El Reglamento 330/2010 tendrá especial importancia en este ámbito ya que determina en qué casos las conductas de las empresas serán legales detallando lo estipulado en el artículo 101.3 TFUE y desarrollándolo. De esta manera determinará que no habrá atentado contra la competencia en determinados supuestos que, si bien *a priori* podrían eventualmente ser una de las conductas previstas en el primer apartado del artículo, no se considerarán infracciones o se entenderá que están justificadas por los efectos que reportan (*safe harbour*). También recogerá una serie de prácticas graves (*hardcore restrictions*) que, pese a contravenir el artículo 101.1, todavía cabe que sean válidas de cumplir los requisitos del tercer apartado.¹¹³

Entre estas *hardcore restrictions* el artículo 4.b) del Reglamento incluirá los acuerdos verticales que directa o indirectamente, por sí o en conjunción con otros factores, restrinjan el territorio o la clientela a la que la otra parte pueda vender los bienes o prestar sus servicios. El *geoblocking* puede ser el medio que canalice este tipo de acuerdos, aunque, tal y como contempla el artículo, en ciertos casos todavía podría estar justificado el acuerdo en los supuestos de distribución exclusiva y selectiva.¹¹⁴

A pesar de todo, recordemos que en todo caso estarán prohibidas las restricciones de las ventas pasivas en caso de contravención del Reglamento 2018/302. En el supuesto de este artículo 4.b) en ningún caso estarán justificados los acuerdos restringiendo las ventas pasivas, pero incluso en el caso de que sí se ampararan estas, y para evitar la huida del Reglamento sobre *geoblocking*, frente a la regla general que es la prevalencia del derecho de la competencia, en estos casos se aplicaría su artículo 6.2, el cual declara nulo de pleno derecho los acuerdos que impliquen el bloqueo o limitación en el acceso a interfaces en línea injustificadamente, apliquen condiciones generales diferentes para el acceso a sus productos o servicios o discriminen por motivos relacionados por el pago.

Este artículo sexto puede complementarse con el ya visto Considerando 34 del Reglamento que tratará de esquematizar las diferentes posibilidades de interacción entre

¹¹² COMISIÓN EUROPEA. Commission Decision Case AT.40428 Guess. 17 de diciembre de 2018. PP. 43-44.

¹¹³ MARTÍ, V. *Geobloqueo y ...* p. 51

¹¹⁴ *Ibid* p. 52

estas normas anti bloqueo geográfico y el derecho de la competencia exponiendo cuál será la solución en cada caso. La norma general será que el Reglamento sobre *geoblocking* no afectará al derecho de la competencia y los artículos 101 y 102 del TFUE, después de lo cual presenta tres supuestos específicos:

- El reglamento no afectará a los acuerdos restringiendo las ventas activas admitidos por el Reglamento 330/2010
- Habitualmente en los supuestos que se restrinjan las ventas pasivas a través de un acuerdo este será nulo al entrar en el ámbito del artículo 101.1 TFUE por aplicación de su segundo apartado. Esto será por lo tanto la misma solución que el Reglamento 2018/302 contempla en el artículo 6.2.¹¹⁵
- Cabrá excepcionalmente que este acuerdo restringiendo las ventas pasivas no sea nulo conforme al artículo 101 TFUE (por no ser ilegal o por beneficiarse de una de las exenciones por categoría del Reglamento de 2010). En estos supuestos, en caso de que el acuerdo sea contrario a las previsiones del Reglamento sobre *geoblocking*, entrará en acción el artículo 6.2 declarándose este nulo (aunque en realidad se puede cuestionar si este será nulo en su totalidad, lo que parece indicar el artículo, o simplemente será nula la disposición dentro de un acuerdo que infrinja el Reglamento, lo que parece señalar el Considerando). Esta afirmación será, por lo tanto, contraria a la regla general original, sí que existen casos donde esta normativa que afectará al derecho de la competencia¹¹⁶.

Es también especialmente interesante en relación con las ventas pasivas y los actos contrarios a la competencia que, si bien en el Reglamento 330/2010 no se prevé específicamente los medios electrónicos para llevar a cabo estas restricciones especialmente graves, sí que se mencionan en las directrices relativas a los acuerdos verticales publicadas en Mayo de 2010¹¹⁷. Específicamente en su apartado 52 contempla la utilización de mecanismos web o derivados de la tecnología para restringir las ventas pasivas de los distribuidores.¹¹⁸ La Comisión cita como ejemplos de restricciones graves de las ventas pasivas la redirección automática, el impedir acceder a una web, el

¹¹⁵ RUBIO, P. “El principio del fin... *LLD* 6262, 2017. p. 24

¹¹⁶GEORG, P. “The EU Geo-blocking...” *JECLP*, 2020. p.7

¹¹⁷ *Ibid* p.54

¹¹⁸ COMISIÓN EUROPEA. *Directrices relativas a las restricciones verticales*. Comunicaciones procedentes de las Instituciones, Órganos y Organismos de la Unión Europea. 19 de Mayo de 2010. p.13

denegar una transacción debido a la dirección del instrumento de pago, etc. Esto da muestra del interés que esta práctica ha suscitado durante más de una década y que culminó con la adopción del Reglamento 2018/302, un instrumento normativo específico, pero estrechamente relacionado con el derecho *antitrust*.

Para terminar, se ha de mencionar la recientemente anunciada multa a *Valve* y ciertas compañías encargadas de la publicación de videojuegos¹¹⁹ ya que es quizás el mejor ejemplo en el cual se infringe el derecho de la competencia a través del *geoblocking* y nos permite plantear algunas de las principales problemáticas que presenta esta relación. En este caso la Comisión consta que existe una violación del artículo 101 TFUE debido a dos prácticas ilegítimas:

- Las compañías encargadas de la publicación llevaron a cabo acuerdos restringiendo las ventas pasivas al no permitir a los compradores acceder a esos videojuegos en *Steam* gracias a las claves con mecanismo de *geoblocking* proporcionadas por la compañía *Valve* (con la que pactaron esta práctica), lo cual atentaba contra el mercado único digital y particionaba el mercado.
- Se detectó que algunas de estas compañías que publicaban los videojuegos restringían además las ventas pasivas a través de cláusulas en los contratos con sus distribuidores (el supuesto visto del artículo 4.2 del Reglamento 330/2010).

Esto supone una violación del artículo 101 TFUE al restringir la competencia dentro del mercado único europeo. En este caso los consumidores para poder acceder a los videojuegos desde sus ordenadores a través de *Steam* necesitaban una clave proporcionada por *Valve*, la cual delimitaba desde qué países las claves podrían activar el videojuego en la plataforma. Estas claves con sistema de *geoblocking* se distribuían con el videojuego en países como República Checa, Polonia, Hungría, Estonia, etc. y por lo tanto si un consumidor desde otro país compraba en estos el videojuego se le impedía acceder a él en *Steam* al estar fuera del territorio delimitado para la clave

¹¹⁹ Se trata de los casos AT.40413, AT.40414, AT.40420, AT.40422, AT.40424. Todavía estos datos no son claros ya que no ha sido publicada toda la información sobre este cártel al estarse negociando con las empresas qué información pueden publicar para no violar sus secretos empresariales o información confidencial. Por lo tanto, esto es una especulación. pero aparentemente van a condenar a la empresa por haber violado el artículo 101 TFUE y no el Reglamento sobre *geoblocking*, aunque la nota de prensa recoja que la investigación derivó de la adopción del Reglamento, por eso entiendo que ha de explicarse en este punto y no al pie de la ejecución del Reglamento.

(discriminándole por lo tanto por su residencia tratando de evitar que adquiriese los videojuegos en estos países con precios más bajos).

Esto serán indudablemente conductas contrarias al Tratado de Funcionamiento, y en este caso se sancionarán como una práctica contraria a este artículo 101 y al derecho de la competencia. De esta manera condenan a estas compañías a una multa de 7,8 millones de euros en total en base a las directrices para el cálculo de las multas del Reglamento 1/2003, basado en el artículo 103 TFUE.

Por eso, a pesar de ser un supuesto de *geoblocking*, en este caso prevalecerá el derecho de la competencia y por eso aparentemente no será el primer caso importante de aplicación del Reglamento de bloqueo geográfico, sino que, en puridad, aparentemente y a falta de que se publique toda la información sobre este caso, será un supuesto de infracción del derecho de la competencia a través del geobloqueo. Ahora bien, sí será el primer caso en el cual se condena a una multa importante en base a esta práctica desde que entró en vigor el Reglamento.¹²⁰

Esto nos puede llevar a plantearnos si cabe la superposición de infracciones, es decir, un acto infringiendo el derecho de la competencia y el *geoblocking*. Conceptualmente cabría que se diera en la práctica, por ejemplo, sería el caso de un grupo de empresas que actuando en el mismo sector pactaran repartirse los mercados *online* impidiendo acceder a los usuarios que traten de hacerlo desde fuera de sus territorios respectivos. En estos supuestos, si tenemos en cuenta estas normas del Reglamento 2018/302 y seguimos su regla general, en principio prevalece el derecho de la competencia no afectándola esta norma, aunque lo cierto es que en rigor lo que el Reglamento establece es que no afectará a los supuestos de restricción de las ventas activas que las normas sobre competencia estimen legales o a los acuerdos restringiendo las ventas pasivas que se hallen fuera del ámbito del Reglamento. Por eso se nos pueden ocurrir múltiples ejemplos que sí que podrían estar abarcados, el ejemplo sobre acuerdos horizontales, en los casos de abuso de posición dominante, etc.

En consecuencia, parece que cabría contemplar la posibilidad de dobles infracciones en este contexto, ya que ni las normas sobre competencia prevén la

¹²⁰VAN DEN BRNADE, B. First major geoblocking fine goes to Steam gaming platform. *Lexology*. 1 de febrero de 2021. Disponible en: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=dbe58cc6-1363-477c-9cbc-5addbdee9345>

convivencia con las normas de *geoblocking* (lógico ya que son anteriores) ni el Reglamento aclara si esta prevalencia del derecho de la competencia se aplica también en los supuestos no previstos.¹²¹

Precisamente de este aspecto derivan algunas de las dudas más importantes relativas al bloqueo geográfico y su interacción con el derecho de la competencia. De entrada, el Reglamento sobre *geoblocking*, dado lo específico de sus términos, se adapta peor que el derecho de la competencia, mucho más flexible, a la sanción de este tipo de conductas.¹²²

En este supuesto de la multa a *Valve*, si bien todo apunta a que se condenará a través del derecho de la competencia en exclusiva, también podríamos entender que supone una vulneración del artículo 4 del Reglamento 2018/302 en la medida en la que no permite a determinadas personas recibir unos servicios derivados del videojuego, la utilización de la clave proporcionada, por razón de su residencia aplicándosele unas condiciones generales diferentes a su contrato de compraventa (que si viviera en otro Estado incluiría el acceso a *Steam*). Cabría incluso interpretar una vulneración del artículo 3 si lo contemplamos en un sentido muy amplio. A pesar de esto, todo parece apuntar que para la sanción no se ha aplicado este Reglamento y, en consecuencia, solo cabe especular sobre si el motivo es que no cabe la superposición o deriva de no apreciarse esta vulneración.

Otra cuestión que se ha planteado la doctrina es qué sanción se impondría en caso de superposición. En principio, en caso de vulnerar ambas normas debido a la misma práctica conforme al *non bis in idem* solo cabría imponer una, probablemente la derivada del derecho de la competencia (con carácter general mucho más cuantiosas).¹²³ Lo cierto es que la Unión Europea en general no suele aplicar el principio en los casos de vulneración de la competencia, por lo que cabría que se acumularan ambas sanciones.¹²⁴ Además en este supuesto de acumulación también cabe señalar las divergencias entre ambos regímenes. Mientras que el de la competencia es el de ámbito comunitario, en el caso del Reglamento de *geoblocking* la sanción se deja a los Estados Miembros conforme a su artículo 7.2 que es, como hemos visto, particularmente

¹²¹ GEORG, P. "The EU Geo-blocking..." *JECLP*, 2020. p.8

¹²² *Ibid.*

¹²³ *Ibid.* p. 10

¹²⁴ *Ibid.* p. 8

abierto, limitándose a prever que las sanciones deberán ser eficaces, proporcionadas y disuasorias.

En cualquier caso, y más allá de estas disquisiciones, no queda más que esperar a que se publique finalmente toda la información relativa a la multa a *Valve* para saber cómo exactamente se han relacionado ambas normativas o si ha habido relación en absoluto. También cabe que se aclare este punto con motivo de la revisión del Reglamento 330/2010. De hecho, el documento de la Comisión que evalúa este y estudia una posible reforma lo señala expresamente cómo uno de los elementos en los que es posible que falte coherencia, la relación de la norma sobre competencia con el Reglamento 2018/302 sobre *geoblocking*.¹²⁵

En conclusión, la interrelación entre el derecho de la competencia y el *geoblocking* es indudable. En muchos casos los actos que infrinjan la competencia en la Unión Europea podrán ser llevados a cabo a través del bloqueo geográfico. Sin embargo, el régimen no es claro y, como reconoce la propia Comisión, es posible que le falte coherencia. En la actualidad existen demasiados elementos oscuros y que dan pie a discusiones, lógico si consideramos que las normas de la competencia son anteriores a la regulación del bloqueo geográfico, pero en todo caso necesitarían ser aclarados. En la medida en la que ambas regulaciones pretenden la protección del mercado único y, como la Comisión reconoce¹²⁶, el Reglamento permite cubrir algunas lagunas dentro del derecho de la competencia, solo cabe esperar que en futuras reformas comunitarias se coordinen ambos regímenes.

IV.3 Como acto de competencia desleal

Junto a la problemática derivada de sus conexiones con el derecho de la competencia se ha de hacer necesariamente una referencia a su incidencia en el ámbito de la competencia desleal. Ambos serán planos complementarios en la lucha para lograr

¹²⁵ COMISIÓN EUROPEA. *Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation*. Commission Staff Working Document. 8 de Agosto de 2020

¹²⁶ PARLAMENTO EUROPEO. *The geo-blocking proposal: internal market, competition law and regulatory aspects*. Directorate General for Internal Policies, Policy Department A: Economic and Scientific Policy. Enero 2017. p. 22

una competencia no falseada, aunque cuenten con importantes diferencias en cuanto a su delimitación e índole práctica.

Frente al derecho de la competencia, el cual trata de garantizar que concurren los suficientes operadores en el mercado y así los consumidores tengan la posibilidad de elegir, de lo que se encargará el derecho de la competencia desleal será de tutelar a los operadores del mercado en sí, garantizando asimismo el interés público de mantener una competencia no falseada. De esta manera se podría considerar que mientras que el derecho de la competencia trata de abordar los fallos externos del mercado, el derecho de la competencia desleal se enfrentará a los fallos internos de este en cuanto afectan a los operadores (si por ejemplo se está engañando a este, no se le da información, etc.).¹²⁷

Algunas de las diferencias más importantes entre ambos ámbitos son, para empezar, los departamentos de la Unión encargados de cada uno. La Dirección General de la Competencia será la encargada de este sector, mientras que la encargada de la competencia desleal será la Dirección General de Justicia y Consumidores. Además, tradicionalmente la Comisión ha prestado más atención a los supuestos de competencia desleal, mientras que la protección de los consumidores y empresarios solo ha ido ganando importancia durante los últimos años.¹²⁸

Asimismo, en el ámbito nacional el tratamiento de ambas también contará con diferencias. En el caso del derecho de la competencia desleal en nuestro ordenamiento se ha canalizado a través de la autotutela judicial, frente al derecho de la competencia donde las acciones pertinentes son ejercidas por las autoridades de defensa de la competencia, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia u órganos homólogos de las Comunidades Autónomas. Esto tiene consecuencias en la persecución de estas prácticas, dificultando la sanción de las conductas de competencia desleal en la medida en la que los operadores económicos en muchos casos no llegan a denunciar estas conductas al haber sufrido un daño limitado si se compara con coste del eventual procedimiento judicial que debería afrontar¹²⁹.

¹²⁷ MARTÍ, V. *Geobloqueo y ...* p.63

¹²⁸ *Ibid* p. 64

¹²⁹ *Ibid* p. 74

Procediendo al análisis legal de la competencia desleal y su relación con el *geoblocking*, la competencia desleal se encuentra regulada en la Directiva 2005/29 *relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior* de 11 de mayo de 2005, la cual se traspuso a España a través de la ley 29/2009 reformando nuestra Ley 3/1991 de Competencia Desleal. La Directiva no hará referencia al geobloqueo directa o indirectamente¹³⁰, pero el Documento de trabajo relativo a la implementación de esta sí estableciendo que, si bien el *geoblocking* no se considerará una práctica desleal en sí misma, cabe que eventualmente lo sean si no se informa al operador de la restricción a la que se le está sometiendo (de entrega, modalidades de pago, etc.).¹³¹

De esta manera, esta práctica que en su caso será contraria al artículo 3 de nuestro Reglamento, el cual obliga a informar a los clientes de la redirección para que estos den su consentimiento expreso, o al artículo 8.3 de la Directiva 2011/83, encargado de recoger los requisitos formales de los contratos a distancia, podrá ser un acto desleal tipificado en el artículo 7.5 de la Directiva sobre competencia desleal dentro del apartado de emisiones engañosas al ser un supuesto en el cual no se cumplen los requisitos de información de otras normas comunitarias.¹³²

En aquellos casos en los que la infracción se lleva a cabo a través del *geoblocking* y se trata de una práctica dentro del ámbito del Reglamento 2018/302 cabe plantearse si podrá simultáneamente calificarse esta conducta como infractora del Reglamento y como un acto de competencia desleal y, consecuentemente, sancionarse a través de ambas vías. Esto queda resuelto atendiendo al artículo 3.4 de la Directiva, la cual siguiendo el aforismo *lex specialis derogat generali*, establece que en caso de que la ésta entre en conflicto con otra norma comunitaria “*regulando aspectos concretos de las prácticas comerciales desleales*” prevalecerá esta última. Por lo tanto, cabe que nos encontremos con dos casos diferentes¹³³:

- Un acto potencialmente desleal que encuentra encaje dentro de las conductas no justificadas en el Reglamento 2018/302. En estos casos la conducta sería

¹³⁰ Ibid p. 64

¹³¹ COMISIÓN EUROPEA. *Guía para la Implementación de la Directiva 2005/29/CE relativa a las Prácticas Comerciales Desleales*. Secretaría General de la Comisión Europea. 25 de mayo de 2016. p. 165.

¹³² MARTÍ, V. *Geobloqueo y ...* p.66

¹³³ Ibid. p.68

sancionada por el Reglamento que conforme al artículo visto prevalecerá sobre la Directiva.

- Un acto potencialmente desleal pero que se corresponda con alguna de las prácticas que el Reglamento entiende que están justificadas. En estos casos el acto sería legítimo y no sería sancionado por el Reglamento o la Directiva ya que se sustentaría sobre un criterio objetivo.

Ahora bien, también cabrá que haya supuestos que estén fuera del ámbito del Reglamento 2018/302. En estos casos sí sería aplicable la Directiva 2005/29 o, más específicamente, la norma nacional que la transpone, la Ley de Competencia Desleal, destacándose especialmente su artículo 16, el encargado de regular los supuestos en los cuales el tratamiento discriminatorio de los operadores se reputará desleal por no mediar una causa justificada¹³⁴.

De esta manera el artículo 16 de la Ley de Competencia Desleal se erigirá como norma protectora de los diferentes operadores económicos en aquellos supuestos que escapen al ámbito de aplicación de nuestro Reglamento blindando la posición de estos en el comercio electrónico si se vieran discriminados en cuanto a las condiciones de venta sin que haya un motivo justificado para ello. Si bien el artículo es quizás excesivamente amplio como para resultar operativo es una última vía interesante a falta de otros mecanismos¹³⁵.

Como se ha visto, el *geoblocking* en muchos casos se plantea como un mecanismo capaz de discriminar a los clientes en base a su nacionalidad, residencia o lugar de establecimiento, lo cual permite restringir la competencia y segmentar los mercados. Por eso, esta práctica entra en colisión con los intereses de los operadores, que podrán ser eventualmente protegidos a través del derecho de la competencia desleal. De la misma que el geobloqueo puede ser el instrumento para llevar a cabo una práctica colusoria o en perjuicio del derecho de la competencia, también cabe que sea el medio utilizado para llevar a cabo una práctica desleal si no proporciona la suficiente información a la otra parte o se le imponen unas condiciones contractuales injustas.

El artículo 4 de la Directiva comunitaria establece que las prácticas comerciales serán desleales si son contrarias a la diligencia profesional y distorsionan de manera

¹³⁴ Ibid p.69

¹³⁵ Ibid p.72

sustancial el comportamiento económico del consumidor o consumidores a los que esta se dirige. Este será precisamente el objeto de la Directiva conforme a su primer artículo, armonizar las legislaciones nacionales para contribuir al buen funcionamiento del mercado interior europeo y la protección de los consumidores controlando estas prácticas comerciales desleales.

El *geoblocking* podría encontrar encaje dentro de estas prácticas comerciales desleales si las entendemos en un sentido amplio¹³⁶ en la medida en la que si no cuentan con una justificación objetiva serán contrarias a la buena fe y distorsionan el mercado al obligar a los consumidores a encontrar una alternativa al producto/servicio que pretendían adquirir o, al menos, les obliga a adquirirlo bajo unas condiciones diferentes. Dicho esto, dado que existe una regulación específica al respecto en principio no será necesario acudir al derecho de la competencia desleal.¹³⁷ Además, la regulación de esta práctica a través de un Reglamento evita la fragmentación que con carácter general suponen las directivas permitiendo una aplicación uniforme¹³⁸ y no solo abarcando a los consumidores, sino también a los “*clientes*” tal y como se definen en el Reglamento, es decir, protegiendo también a comerciantes¹³⁹ que reciben un servicio o adquieren un producto sin ánimo de revenderlo.

En conclusión, el *geoblocking* será una práctica afín a las consideradas por el derecho de la competencia como prácticas comerciales desleales. A pesar de esto logra una mejor regulación a través del Reglamento permitiendo un mayor ámbito de protección¹⁴⁰ y evitando una normativa fragmentaria para cumplir un objetivo de especial interés para la Unión Europea como es el progreso en la Estrategia para el Mercado Único Digital.

¹³⁶ GEORG, P. “The EU Geo-blocking...” *JECLP*, 2020. p.4

¹³⁷ De hecho, y a modo de curiosidad, Suiza, donde no resulta aplicable el Reglamento al no ser parte de la UE, ha adoptado la prohibición de *geoblocking* introduciéndola en su Ley Contra la Competencia Desleal (Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale) en marzo de este año 2021. Así lo recoge el artículo *New unilateral conduct rules significantly broadened* escrito por Marcel Meinhardt y Luzius Sidler disponible en:

<https://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Competition-Antitrust/Switzerland/Lenz-Staehelin/New-unilateral-conduct-rules-significantly-broadened>

¹³⁸ RUBIO, P. “El principio del fin...” *LLD* 6262, 2017. p.8

¹³⁹ GEORG, P. “The EU Geo-blocking...” *JECLP*, 2020. p.4

¹⁴⁰ En puridad cualquier operador del mercado cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la conducta podrá ejercer las acciones previstas en la Ley de Competencia Desleal española conforme a su artículo 33, no solo los consumidores. Por eso, hay que señalar que nuestra Ley Nacional no será menos proteccionista que el Reglamento, pero la mayoría de las normativas de los Estados de la Unión sobre Competencia Desleal solo ampararán a los consumidores así que el hecho de que se regule el *geoblocking* a través de un Reglamento sí será una ventaja.

V. EVOLUCIÓN PROYECTADA. INFORME DE LA COMISIÓN EUROPEA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2020

El *geoblocking* como se ha ido presentando es un fenómeno problemático, en cuanto a su naturaleza tangencial con otros ámbitos del derecho mercantil, en cuanto a su regulación, etc. Por eso, y paralelamente a la importancia creciente del mercado digital, especialmente desde la crisis del COVID-19, este sigue siendo un objeto de interés de la Unión que continúa volcada con la Estrategia para el Mercado Único Digital. Por eso no puedo por menos que hacer una referencia a cuál es la evolución normativa que podemos esperar para este fenómeno durante los próximos años.

El futuro del *geoblocking* en el ámbito europeo pasa primeramente por la potencial reforma del Reglamento 2018/302, como hemos visto la pieza clave de su regulación en la actualidad. El propio artículo 9 del Reglamento preveía su revisión a más tardar en marzo del año 2020, debiendo presentar la Comisión un informe sobre la evaluación de éste y sobre su impacto en el mercado interior, el *e-commerce* y especialmente en cuanto a la carga administrativa y financiera que supone para los comerciantes la existencia de diversos regímenes en materia de contratos con consumidores. El informe debía además incluir una propuesta de modificación una vez estudiada la evolución jurídica, técnica y económica de la norma.

Por su parte, el artículo 9.2 contemplaba que específicamente se debía examinar el ámbito de aplicación del Reglamento¹⁴¹, en especial en cuanto a la posible extensión de este a servicios recibidos por vía electrónica cuya característica principal sea el acceso a obras protegidas por derechos de autor u otras prestaciones protegidas permitiendo su utilización, incluida la venta de obras protegidas que no tengan soporte material, “*a condición de que el comerciante tenga los derechos necesarios para los territorios de que se trate*”.

Este término utilizado en el artículo es muy relevante, “*derechos necesarios*”. De su interpretación dependerá en gran medida la eficacia de este eventual extensión del

¹⁴¹ El Considerando 37 del Reglamento recoge que este será el principal objeto de la evaluación, la posibilidad de extender su ámbito de aplicación a este ámbito, aunque no será el único. El Considerando también recoge que se examinará la posible extensión del Reglamento a servicios fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123. El informe de la Comisión no ahonda en este último punto así que me limito a decir que de momento descarta esta posibilidad.

Reglamento. Lo que pretende significar es que la prohibición de geobloqueo sólo se extendería a aquellos proveedores de estos servicios que fuesen titulares de los derechos en varios territorios y, por lo tanto, solo para los clientes que accedan desde lugares dentro del ámbito territorial donde ostenta los derechos.

De esta manera, la incidencia que tendría la eventual extensión sería limitada, ya que dependería en último término de los sistemas de concesión de las licencias. Dicho esto, también es cierto que en la actualidad es el único modo en el que se pueden garantizar los derechos de todos los interesados sin abordar la modificación del sistema de propiedad intelectual o sin promover las licencias paneuropeas. Por eso en principio esta extensión, pese a ser limitada, podría ser positiva para los consumidores, ¿pero lo sería para el mercado y los prestadores de servicios?

Esto es lo que se pregunta la Comisión en su Informe de Evaluación del Reglamento¹⁴². Los efectos de esta posible extensión dependerán en gran medida del mercado específico al que afectaría y sus características particulares. Recordemos que dentro de los servicios recibidos por vía electrónica cuya característica principal es el acceso a una obra protegida por derechos de autor podemos englobar no solo el sector audiovisual sino también el musical, literario, etc.

Estas particularidades de cada sector también serán tenidas en cuenta por la Comisión que, por ejemplo, en el ámbito de la música llegan a la conclusión de que, si bien la discriminación de precios normalmente se basa en motivos de demanda y poder adquisitivo, la extensión del *geoblocking* en este ámbito haría que las compañías armonizaran los precios viéndose perjudicados aquellos mercados en los que ahora es el acceso es más asequible.¹⁴³

Por su parte, el sector de los libros electrónicos contará con características particulares. Por eso, si bien probablemente aumentaría el catálogo de obras disponibles para los consumidores y cabría acceder a librerías más pequeñas situadas en otros

¹⁴² Bajo la denominación “Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la primera revisión a corto plazo del Reglamento relativo al bloqueo geográfico” ha sido elaborado por la Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías y publicado el 30 de noviembre de 2020

¹⁴³ COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la primera revisión a corto plazo del Reglamento relativo al bloqueo geográfico*. Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías. 30 de noviembre de 2020. p. 10

países, los precios se mantendrían, pero es probable que los pequeños operadores dentro del mercado se vieran perjudicados. Esto se puede extrapolar mayormente al ámbito de los videojuegos y los programas informáticos. Aunque en este sector la sensibilidad de los precios es mayor y estos probablemente bajarían, el aumento del catálogo disponible probablemente implicaría también pérdidas para los pequeños distribuidores.¹⁴⁴

Por último, la Comisión analiza el sector de los servicios audiovisuales. Dado el particular interés de los consumidores y lo extendido que está el *geoblocking* en este ámbito, será al que dedican un estudio más profundo. Este es el sector que más ha crecido durante los últimos años, particularmente en la modalidad bajo demanda, pero, al contrario que en otros sectores como, por ejemplo, la música, en este es muy habitual los acuerdos de licencia de carácter territorial.¹⁴⁵ Por eso, los catálogos de las compañías están muy fragmentados y habitualmente a menor tamaño del país, menor contenido al que tienen acceso.¹⁴⁶ Por eso la extensión del Reglamento en este supuesto tendría un efecto especialmente limitado. Un auténtico cambio en el sector pasaría por la modificación del régimen de propiedad intelectual y el fomento de la concesión de licencias paneuropeas como ya se estudió en el apartado relativo a la propiedad intelectual.

Por esta serie de características la Comisión en conclusión estimará que, si bien los efectos para los consumidores podrían ser positivos a corto plazo, los precios muy probablemente aumentarían y, si bien cabe que las grandes proveedores de estos servicios en línea vieran sus ingresos aumentar, es igualmente posible que esto fomentara la concesión de licencias exclusivas para toda la Unión o que, por el contrario, fomentara una mayor fragmentación de estas. Por eso la Comisión entiende que esto exige un estudio más amplio, examinado las consecuencias en el corto y en el largo plazo, y aplaza la decisión sobre la extensión limitándose por el momento a abrir un diálogo con las partes para examinar estas cuestiones¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Ibid. p. 10-12

¹⁴⁵ COMISIÓN EUROPEA. *Part 2/2 First short-term review of the Geo-blocking Regulation Accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions on the first short-term review of the Geo-blocking Regulation*. Documento de Trabajo del Personal de la Comisión. 30 de noviembre de 2020. p. 59

¹⁴⁶ Ibid p. 68

¹⁴⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión...* p.16

De esta manera la comisión presenta cuatro medidas a adoptar de inmediato¹⁴⁸: garantizar que se aproveche el potencial del Reglamento a través del seguimiento a los Estados para que lo apliquen, cooperen y se les pueda orientar en cuanto a la conjugación de esta norma con el principio general de no discriminación de la Directiva de servicios¹⁴⁹. Asimismo, la comisión anima a que se continúe sensibilizando a los comerciantes y consumidores sobre el *geoblocking*, que la comisión continúe vigilando el acceso a los productos y servicios de cara a adoptar nuevas medidas dentro de la Estrategia de Mercado Único Digital y que se recabe información sobre las opiniones de los operadores respecto a estas conclusiones y de los efectos de la crisis del COVID-19 en la materia (los cuales la Comisión no ha podido valorar).

Por lo tanto, habrá que esperar a la próxima revisión prevista en el año 2022 para saber si se reformará este Reglamento y se modificará el régimen previsto hasta ahora para el *geoblocking*. Esto no significa que mientras tanto no se adopten otras medidas que afecten al fenómeno. En la medida en la que cuenta con ramificaciones en diversos ámbitos legales sí que se esperan novedades durante los próximos años.

Como se ha expuesto en anteriores apartados también se han adoptado o se prevén adoptar medidas que, enmarcadas en la Estrategia de Mercado único Digital, tendrán incidencia en el mercado *online* en el que el *geoblocking* se enmarca. Cabe mencionarse por ejemplo el *VAT e-commerce package* (compuesto de dos directivas ya transpuestas en el RDL 7/2021) que simplifican las obligaciones para la declaración del IVA por ventas de productos o prestaciones transfronterizas de servicios en un país diferente a aquel donde el comerciante está registrado.

Asimismo, se han adoptado otras normativas que entrarán en vigor a lo largo de lo que resta de 2021 y durante 2022 como la Directiva 2019/2161, la cual pretende mejorar la aplicación y modernizar las norma de protección de los consumidores de la Unión tratando, entre otras medidas, que los Estados garanticen un régimen de sanciones efectivas. También la Directiva 2019/770 *relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales*, la cual establece normas comunes para los contratos celebrados entre empresarios y consumidores tratando de

¹⁴⁸ Ibid p.17

¹⁴⁹ Recordemos que el Artículo 20.2 de la Directiva 2006/123 recoge este principio cuya potencial materialización práctica se ha cuestionado por su redacción excesivamente abierta. Ha de tenerse en cuenta que además el artículo 1.7 del Reglamento 2018/302 establece que el artículo de la Directiva solo se aplicará en la medida en la que el Reglamento no establezca disposiciones más concretas.

reducir los costes de estas transacciones (esta norma también ha sido propuesta en el RDL 7/2021).

Ajeno a la Estrategia de Mercado Único Digital, pero con incidencia en la materia, destaca la previsión de modificación del Reglamento general de exención por categorías para acuerdos verticales (Reglamento 330/2010), la cual se espera llevar a cabo en 2022 previéndose que se pronuncie sobre su relación con el Reglamento 2018/302 de *geoblocking*.

También han de destacarse especialmente dos importantes iniciativas, la propuesta de Reglamento sobre Mercados Disputables y Equitativos en el Sector Digital (*Digital Market Act*) y la propuesta de Reglamento relativo al Mercado Único de Servicios Digitales (*Digital Services Act*). Ambos son parte del paquete de la Ley de Servicios Digitales y tratan de otorgar seguridad a los usuarios de estos servicios para la garantía de un mercado digital con una competencia equitativa. Estas dos normas se enmarcan en la Estrategia de Mercado Único Digital y ya desde la Comunicación de la Comisión *Shaping Europe's Digital Future* en el año 2020 se preveía el examen de estas dos materias.

Con la propuesta de *Digital Services Act* (DSA) lo que se tratará es de modernizar la Directiva 2000/31 *relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior* adaptándola al *e-commerce* actual. Para ello propone establecer nuevas responsabilidades y obligaciones para los prestadores de servicios digitales, reforzando los derechos de los usuarios y promoviendo una mayor transparencia y competitividad. Entre otros aspectos se deberá informar a los destinatarios de los servicios sobre cualquier restricción que se les imponga en su uso, el origen de la publicidad que se les provea, permitirles conocer los vendedores reales de los productos, etc. Todo ello *en pro* de la seguridad en el entorno digital y la libertad de los usuarios.

Por su parte, la propuesta de *Digital Market Act* (DMA) pretende controlar las grandes plataformas *online* que actúan como guardianes de los mercados digitales (también conocidos como *gatekeepers*, es el caso de *Google*, *Amazon*, etc.) tratando de que estos se comporten de manera equitativa. Con esta norma se trata de proscribir ciertas prácticas de estos operadores que se venían denunciando como, por ejemplo, la

clasificación más favorable de sus productos y servicios frente a los de terceros o la prohibición a los usuarios de desinstalar algunos de sus programas. Con esta nueva norma, los considerados *gatekeepers* quedarán sujetos a nuevas obligaciones y, en caso de que las incumplan, podrán ser sancionados con importantes multas calculadas en proporción al volumen mundial de sus negocios (cabiendo incluso las multas coercitivas hasta que cesen en la infracción).

Estas dos normas tendrán incidencia en el mercado digital europeo y, de la misma manera que el *geoblocking*, tratan de reforzar los derechos de los ciudadanos comunitarios, incrementar la transparencia en las transacciones y favorecer el crecimiento del mercado a través del crecimiento de la oferta. De esta manera los ciudadanos tendrán más capacidad a la hora de elegir sus compras, y se favorecerá el acceso de los comerciantes a este tipo de plataformas en, además, unas condiciones más justas. Por eso podemos calificarlas como normas complementarias y, de llegar a adoptarse, se aplicarán conjuntamente.

Vistas todas estas circunstancias y como conclusión se puede afirmar que la adopción del Reglamento no puede ser considerada la consumación del interés de la Comisión Europea por el bloqueo geográfico suponiendo el punto final a la regulación de esta práctica comercial. Ha sido un primer paso en la buena dirección, pero todavía quedan muchos aspectos que regular además de normas que pueden complementarla y mejorar su eficacia. Es muy probable que durante los próximos años veamos cómo la prohibición del *geoblocking* se expande a nuevos ámbitos y se desarrolla en sectores como el derecho de la competencia. En un entorno cada día más digital todo parece apuntar que el interés por esta práctica seguirá creciendo y poco a poco se alcanzarán nuevos hitos en su regulación y *enforcement*.

VI. CONCLUSIONES

En este trabajo se ha analizado el fenómeno del *geoblocking*, sus caracteres y su incidencia en el mercado único digital, lo que motivó la adopción del Reglamento 2018/302, el cual ha determinado su configuración en la actualidad. Derivado del análisis de esta práctica hemos podido observar sus límites, sus disfuncionalidades y su

incidencia en otros ámbitos como el derecho de la competencia. De todo esto podemos extraer las siguientes conclusiones:

- 1) El *geoblocking* es una práctica comercial compleja enmarcada en el comercio electrónico la cual incluye aquellos supuestos en los cuales los comerciantes bloquean o limitan el acceso a sus productos o servicios (impidiendo el acceso a su web o que se formalice el contrato), redireccionan sin consentimiento a otras versiones de la interfaz y los casos en los que modifican las condiciones generales de acceso a estos (*geo-filtering*) en base a tres motivos: la nacionalidad, residencia o lugar de su establecimiento de cliente. Estos pueden ser conocidos gracias a mecanismos de *software* específicos que permiten la discriminación en el *e-commerce* y que derivan del desarrollo tecnológico y digital.
- 2) El *geoblocking* será en todo caso una práctica discriminatoria, pero no necesariamente ilegal o anticompetitiva. Por definición implicará discriminar a los clientes en base su ubicación o nacionalidad, pero esta podrá ser una práctica legítima enmarcada en el ámbito de la libertad de empresa siempre que esté objetivamente justificada. Asimismo, podrá configurarse como una práctica anticompetitiva pero no lo será necesariamente, solo en aquellos supuestos en los que se articule como una práctica compartimentadora de mercados contraria al derecho de la competencia (al ser *de facto* un abuso de la posición dominante o una práctica colusoria).
- 3) El *geoblocking* puede darse no solo en el ámbito comunitario sino también en el ámbito internacional. Ahora bien, los supuestos en los cuales resultará conflictivo será en el ámbito comunitario ya que atenta contra preceptos de la Unión como el principio de no discriminación (artículo 18 TFUE) o el artículo creando un Mercado Único (artículo 26 TFUE). Por eso, dentro de su Estrategia para el Mercado Único Digital, la Comisión Europea desde el año 2010 ha estado prestando atención a estas prácticas, impulsando en el año 2016 la adopción de un Reglamento regulándolas. El Reglamento 2018/302 es la norma que proscribe parcialmente este fenómeno y que permite sancionar estas prácticas discriminatorias en el ámbito de la Unión Europea.

- 4) La regulación del bloqueo geográfico puede considerarse una medida positiva para los individuos y el Mercado Digital Europeo en su conjunto. La regulación de esta práctica será en todo caso positiva para los consumidores y, como se puede inferir de Estudios de la Comisión Europea, en general también será positiva para los productores y vendedores. La proscripción del *geoblocking* en aquellos supuestos en los cuales este no responde a criterios objetivos será indudablemente beneficiosa ya que, si la lógica económica impulsa a los comerciantes a expandirse, aquellos casos en los cuales no lo hagan sin que exista un motivo objetivo indica que posiblemente su decisión derivará de motivos menos confesables, particularmente de obtener mayores ganancias a través de la compartimentación de mercados que posibilita el geobloqueo.
- 5) Cabe que el *geoblocking* sea regulado con diversos alcances, aunque su supresión nunca será completa si la regulación de este no se acompaña de la armonización de las normativas comunitarias y la eliminación de las barreras técnicas, legales y burocráticas que suponen objetivamente una carga para los comerciantes. En caso contrario se podrán amparar en estas para practicar el bloqueo geográfico dentro de la legalidad. Por eso, ha de hacerse un esfuerzo desde las instituciones europeas para tratar de unificar las normativas en aquellos ámbitos donde sea posible y favoreciendo la consecución de un auténtico Mercado Único Digital. Ya se han dado los primeros pasos en esta dirección, reduciendo las obligaciones derivadas de la declaración del IVA, reduciendo los costes de paquetería o en el ámbito de la propiedad intelectual promoviendo la concesión de licencias. A pesar de todo, deberán adoptarse nuevas medidas ya que si no el alcance de la regulación de esta práctica será muy limitado.
- 6) El bloqueo geográfico no se regula a través de una única norma. Dentro de las normas que le son aplicable destaca especialmente el Reglamento 2018/302, pero ha de tenerse en cuenta que también le afectarán con particular intensidad el derecho de la competencia (artículo 101 y 102 TFUE además del Reglamento 330/2010), que entrará en aplicación en caso de que se articule como una práctica competitiva, y el Reglamento 2017/1128 sobre portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea, que supondrá la proscripción del *geoblocking* en este ámbito específico. Por eso, además de los

principios generales de la Unión y las normativas que le afectan tangencialmente, ha de tenerse en cuenta que la restricción de esta práctica se puede canalizar a través de diversos preceptos y no solo a través del Reglamento objeto de análisis pormenorizado en este trabajo.

- 7) El Reglamento 2018/302 regula parcialmente el *geoblocking* y cuenta con un alcance limitado. Esto se debe a que no se prohíbe el bloqueo en aquellos supuestos en los cuales su práctica está justificada por razones objetivas y no se extiende a ciertos servicios, aunque su práctica esté especialmente extendida en alguno de ellos como, por ejemplo, los audiovisuales. Por eso el ámbito de aplicación de este Reglamento no será ambicioso sino conservador. Ahora bien, dentro de los supuestos que efectivamente regula trata de otorgar una protección integral en el *e-commerce* a los clientes, todos los usuarios finales de los productos o servicios y no solo los consumidores, que sean nacionales, residan o tengan su establecimiento en la Unión, independientemente del lugar desde el que opere el comerciante. Esto, sumado a la regulación específica que propone, serán elementos que, en principio, favorecerán la aplicabilidad de la norma garantizando su cumplimiento y su efectiva imposición.
- 8) De la misma manera que se puede afirmar que el legislador europeo ha sido conservador a la hora de regular el *geoblocking*, también se puede advertir el escepticismo y las reservas que existieron a la hora de redactar el Reglamento 2018/302. A lo largo de todo el articulado se asiste a un retroceso si se compara con el contenido de la Propuesta elaborada en 2016 (en previsiones como las de *rerouting*, medios de pago o, con particular intensidad, en los límites de la prohibición de *geo-filtering*). El ámbito de protección garantizado por el Reglamento se reduce de esta manera para evitar afectar en ninguna manera la libertad de empresa (un derecho no expresamente recogido en el CDFUE pero que el TJUE entiende incluido en el derecho a la libertad del artículo 16) y la libertad contractual. Ambos son indudablemente dos derechos preponderantes en el derecho privado y en la Unión Europea, la cual tendrá particular celo de preservarlos.
- 9) A pesar de los términos con carácter general claros del Reglamento en la práctica ha demostrado ser menos operativo de lo que sería deseable. Que se

trate de una norma específica regulando el *geoblocking* la distingue de otras como, por ejemplo, el principio general de no discriminación de la Directiva de Servicios, y en principio facilita su implementación. En cambio, la ejecución será una de las mayores disfuncionalidades del Reglamento, la cual ensombrecerá su relevancia práctica. La adopción de una norma de estas características es una noticia muy positiva ya que tiene una incidencia directa en el bienestar de los usuarios del *e-commerce*, en cambio su régimen de aplicación no es claro ni operativo. Habrá 27 regímenes de aplicación diferentes que, en combinación con algunos aspectos oscuros del artículo, llevan a que la uniformidad que con carácter general garantizan los Reglamentos se diluya. A pesar de todo, no dejará de ser un aspecto donde cabe que se adopten a corto plazo medidas que hagan perder a esta crítica su razón de ser ya que la Comisión Europea ya ha expresado su interés en mejorar este punto débil en particular.

- 10) La adopción del Reglamento 2018/302 ha sido una medida positiva para la efectiva implementación del Mercado Único Digital. Las estadísticas de la Comisión Europea constatan que desde su adopción menos comerciantes acuden a esta práctica comercial sin que exista un motivo objetivo que la justifique y, por lo tanto, respetan las previsiones proscritas por esta norma. Esto, sumado al crecimiento del mercado digital durante los últimos años, permiten constatar el éxito de esta medida, cuyos efectos beneficiosos originalmente se ponían en cuestión.
- 11) Cabría alcanzar resultados más ambiciosos si la prohibición de *geoblocking* se combinara con adopciones normativas en el campo de la propiedad intelectual y los derechos de autor. Este es uno de los ámbitos en los cuales más se hace uso del *geoblocking*, en muchos casos incluso imponiéndose contractualmente por los licenciantes. La creación de un sistema de licencias paneuropeas y su promoción sería marcaría un antes y un después para el bloqueo geográfico ya que, unido a la reforma del Reglamento para que abarcara también estos supuestos, implicaría que crecería exponencialmente la oferta audiovisual actual. Ahora bien, esto también podría perjudicar el mercado a corto plazo, a los licenciarios, creadores, etc. Hay intereses contrapuestos que han de ponderarse y se ha de estudiar exhaustivamente los efectos que implicarían. Es una barrera en la consecución del Mercado Único Digital, quizás su mayor barrera, pero esta

deberá estar justificada si no se emprenden reformas profundas en el sector y lo cierto es que esta no sería una medida pacífica.

- 12) En paralelo a la lucha contra el *geoblocking* emprendida por el Reglamento 2018/302 también cabrá canalizar ésta a través del derecho de la competencia. Los artículos 101 y 102 del TFUE junto al Reglamento 330/2010 han sido y continúan siendo normas a través de las cuales cabrá declarar la nulidad de ciertas prácticas de *geoblocking*, específicamente aquellas que atenten contra la competencia en el Mercado Único. El bloqueo geográfico, como instrumento para compartimentar mercados, podrá eventualmente violar estos preceptos y por lo tanto cabrá que sea sancionado por esta vía. El geobloqueo unilateral por parte de un comerciante ostentando una posición dominante será menos habitual, pero sí que se pueden ver una multitud de casos en los que se practica el *geoblocking* bilateral, especialmente el vertical a través de los acuerdos de distribución.
- 13) En aquellos supuestos en los cuales se aprecie una violación del Reglamento 2018/302 y el derecho de la competencia su interrelación no será clara. Parece que existen supuestos en los que esto podría darse y con carácter general aparentemente prevalecerá el derecho de la competencia, pero el régimen no será claro. En principio, el castigo de estas conductas es más deseable que se lleve a cabo a través del derecho de la competencia, especialmente si tenemos en cuenta las importantes cantidades por las que puede ser sancionado en comparación con las que derivan del Reglamento 2018/302. A pesar de todo no es claro si cabría imponerse una doble sanción o no, ni siquiera está claro si cabría esta superposición de infracciones. Por eso se espera que con la reforma del derecho de la competencia se aclaren estos puntos ya que lo cierto es que en la actualidad no existe una suficiente coordinación entre los dos preceptos.
- 14) Eventualmente, aunque con menor incidencia en la práctica, también cabrá que el *geoblocking* se configure como un acto de competencia desleal si se lleva a cabo contra la diligencia profesional y distorsionando sustancialmente el comportamiento que, a falta de este, tendrían los consumidores. En caso de que se infrinjan ambas normas prevalecerá el Reglamento y la sanción, de ser esta posible, se llevará a cabo a través de las previsiones de este permitiendo

proporcionar un ámbito de protección unitario a los ciudadanos de la Unión. Ahora bien, en los supuestos en los que se practique el geobloqueo y el supuesto no encuentre encaje en ninguna de las prohibiciones del Reglamento cabrá acudir a esta normativa, específicamente el artículo 16 de la Ley de Competencia Desleal, para que todavía puedan ser sancionadas si se cumplen sus requisitos, lo cual en el fondo amplía la esfera de protección frente al *geoblocking*.

- 15) En la actualidad que se amplió el ámbito de protección frente al *geoblocking* sigue siendo un tema delicado y del que se recela en la Unión. Más de dos años después de su entrada en vigor todavía se sigue temiendo que la restricción del geobloqueo alcance otros mercados. Por eso se prevé que durante los próximos años solo se estudien los efectos que tendrían posibles extensiones y se pule la normativa actual, aclarando sus aspectos más discutidos. A pesar de todo puede que la normativa se vea reforzada indirectamente a través de la adopción de otras medidas en ámbitos contingentes, por ejemplo, reduciéndose los motivos objetivos a los que pueden acogerse los comerciantes a través de nuevas regulaciones y la armonización de normativas (este ha sido el caso de la adopción de nuevas normas para declarar el IVA) . Esto supondrá un avance involuntario en la lucha contra el *geoblocking* pero que puede ser interesante mientras no se lleven a cabo reformas de calado en las normas de competencia o en el propio Reglamento 2018/302. La Estrategia para un Mercado Único Digital sigue siendo uno de los mayores focos de interés de la Unión, por eso, con el crecimiento del *e-commerce*, se prevé que el bloqueo geográfico se vea cada vez más restringido en el mercado interior, aunque este se encauce a través de reformas sectoriales.

Como se puede observar con este trabajo, el *geoblocking* será una práctica comercial regulada parcialmente con el fin de proteger a las personas que se decantan por el mercado *online* frente a su modalidad presencial en la medida en la que este medio puede servir para discriminarlas y compartimentar los mercados sin que exista un motivo justificado. El *e-commerce* es un fenómeno con un enorme potencial pero que, a través de las nuevas tecnologías, permite prácticas que pueden atentar contra la igualdad y la competencia. En este contexto el *geoblocking* se manifiesta como uno de estos instrumentos cuestionables y que, por lo tanto, deberá ser supervisado para evitar que se conculquen los derechos de los consumidores y de los ciudadanos comunitarios. Por eso

se requiere una normativa específica regulándolo y, en los casos en los que sea transgredida, su efectiva sanción. De esta manera podremos avanzar en el Proyecto de Mercado Único Digital y garantizar que la desaparición de las barreras en el comercio interior de la Unión Europea sea efectiva.

VII. BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. *Bloqueo geográfico: liberar el comercio electrónico en la UE* [sitio web] Políticas – Consejo Europeo.

CONSEJO EUROPEO, *European Council meeting (22 & 23 June 2017) – Conclusions*. Secretario General del Consejo de la Unión. 23 de Junio de 2017

COMISIÓN EUROPEA, *Antitrust: Commission fines Valve and five publishers of PC video games € 7.8 million for “geo-blocking” practices*. Comunicado de prensa, 20 de enero de 2021.

COMISIÓN EUROPEA. *Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation*. Commission Staff Working Document. 8 de Agosto de 2020.

COMISIÓN EUROPEA, *Geo-blocking practices in e-commerce*. Documento de Trabajo del Personal de la Comisión, de 15 de Septiembre de 2016

COMISIÓN EUROPEA, *Impact Assessment Accompanying the document proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on addressing geo-blocking and other forms of discrimination based on place of residence or establishment or nationality within the Single Market*. Documento de Trabajo del Personal de la Comisión, de 25 de mayo de 2016.

COMISIÓN EUROPEA. *Informe de Síntesis. Resumen de las respuestas a la consulta pública de 2015 de la Comisión Europea sobre «Geobloqueo y Otras Restricciones Geográficas a las Compras y el Acceso a la Información en la UE»*. Directorate-General CONNECT. 18 de Marzo de 2016. PP. 7-17

COMISIÓN EUROPEA. *Mystery Shopping survey on territorial restrictions and geo-blocking in the European Digital Single Market*. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Junio 2016.

COMISIÓN EUROPEA. *Notas Explicativas sobre las Normas del IVA en el Comercio Electrónico*. Dirección General de Fiscalidad y Unión Aduanera. Septiembre de 2020.

COMSIÓN EUROPEA. *Part 1/2 First short-term review of the Geo-blocking Regulation Accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions on the first short-term review of the Geo-blocking Regulation.* Documento de Trabajo del Personal de la Comisión. 30 de noviembre de 2020.

COMSIÓN EUROPEA. *Part 2/2 First short-term review of the Geo-blocking Regulation Accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions on the first short-term review of the Geo-blocking Regulation.* Documento de Trabajo del Personal de la Comisión. 30 de noviembre de 2020.

COMISIÓN EUROPEA, *Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry.* Documento de Trabajo del Personal de la Comisión, de 18 de Marzo de 2016

COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la primera revisión a corto plazo del Reglamento relativo al bloqueo geográfico.* Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías. 30 de noviembre de 2020

COMISIÓN EUROPEA, *Study on the impacts of the extension of the scope of the geo-blocking regulation to audiovisual and non-audiovisual services giving access to copyright protected content.* Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías. 6 de noviembre de 2020

COMISIÓN EUROPEA, *Survey on Consumers attitudes towards cross-border and consumer-related issues 2018 - Final Report.* Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2019

COMISIÓN EUROPEA. *The Economic Impact of Removing Geo-blocking Restrictions in the EU Digital Single Market.* Instituto de Prospectiva Tecnológica. Febrero 2016.

COMISIÓN EUROPEA. *Una Agenda Digital para Europa.* INFSO. 19 de mayo 2010

ESTEVE, B. “El geobloqueig en el mercat: conseqüències i prediccions” en *Revista D’ Internet, Dret i Política* n°28, 2019 pp. 98-108

EUROCOMMERCE. *FAQ on the implementation of the Geoblocking Regulation*. Marzo 2018.

EUROSTAT. *E-commerce statistics for individuals. Statistics explained*. 27 de Enero de 2021.

FLOREZ, M. “Are online consumers protected from geo-blocking practices within the European Union?” en *International Journal of Law and Information Technology* Volumen 26, Edición 2, 2018. pp. 119-141

FRANTZIOU, E. “Further Developments in the Right to be Forgotten: The European Court of Justice's Judgment in Case C-131/12, Google Spain, SL, Google Inc v Agencia Española de Protección de Datos” en *Human Rights Law Review*, Volumen 14, Número 4, Diciembre 2014 pp. 761–777

GEORG, P. “The EU Geo-Blocking Regulation from a Competition Law Perspective” en *Journal of European Law and Practice*, 2020.

GEORG, P. “EU Geo-blocking rules – need for action in Switzerland?” en *Jusletter*, 21 de Octubre de 2019.

GLOBAL FREEDOM OF EXPRESSION. COLUMBIA UNIVERSITY. *Google Spain SL v. Agencia Española de Protección de Datos*. 13 de mayo de 2014. Disponible en: <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/google-spain-sl-v-agencia-espanola-de-proteccion-de-datos-aepd/?lang=es>

MARTÍ, V. *Geobloqueo y Comercio Electrónico*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2020

MARTÍ, V. “Hacia un verdadero mercado único digital: la prohibición del bloqueo geográfico en las compras online transfronterizas” en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* nº 47, 2018.

MARTÍ, V. “Obstáculos al mercado único digital y restricciones de la competencia en el mercado online de bienes” en *Actas de Derecho Industrial* nº 37 (2016-2017) pp. 55-82

PADOVA, Y. “Is the right to be forgotten a universal, regional, or ‘glocal’ right?” en *International Data Privacy Law*. Volumen 9, Número 1. 25 de enero de 2019

PAREDES, J. I. “Medidas contra el bloqueo geográfico injustificado: el Reglamento (UE) 2018/302 y su incidencia sobre las normas europeas de derecho internacional privado” en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)* n° 35, 2018.

PARLAMENTO EUROPEO. *Discrimination of Consumer in the Digital Single Market*. Directorate General for Internal Policies, Policy Department A: Economic and Scientific Policy. Noviembre de 2013.

PARLAMENTO EUROPEO. *Extending the scope of the geo-blocking prohibition: An economic assessment*. Directorate General for Internal Policies, Policy Department A: Economic and Scientific Policy. Febrero 2017.

PARLAMENTO EUROPEO. *The geo-blocking proposal: internal market, competition law and regulatory aspects*. Directorate General for Internal Policies, Policy Department A: Economic and Scientific Policy. Enero 2017.

RUBIO, P. “El principio del fin del bloqueo geográfico en el comercio electrónico transfronterizo” en *La Ley Digital* n° 6262, 2017

SYNODINOU, E. “Geoblocking in EU Copyright Law: Challenges and Perspectives” en *GRUR International. Journal of European and International IP Law* Volumen 69, 2020 pp. 136-150

TJUE (9 de diciembre, 2020) “*El Tribunal de Justicia anula una decisión de la Comisión que hizo obligatorios los compromisos propuestos por una empresa para preservar la competencia en los mercados*”. (Comunicado de Prensa n°157/20). Recuperado de: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-12/cp200157es.pdf>

TRIMBLE, M. “Copyright and Geoblocking: The Consequences of Eliminating Geoblocking” en *Boston University Journal of Science & Technology Law*, Volumen 25, Número 2, 7 de febrero de 2019, pp. 476-502

TRIMBLE, M. “The role of geoblocking in the Internet legal landscape” en *Revista D’ Internet, Dret i Política* n° 23, 2016 pp. 45-58

URÍA MENÉNDEZ. *Regulation (EU) 2018/302 on geo-blocking*. Diciembre 2018.

Disponible en:

https://www.uria.com/documentos/circulares/1029/documento/8325/Regulation_on_geo-blocking.pdf

ZALNIERIUTE, M. “Google LLC v. Commission nationale de l’informatique et des libertés (CNIL)” en *American Journal of International Law*, Volumen 14, Número 2, 16 de abril de 2020, pp. 261-267