El Reglamento 2018/302 sobre bloqueo geográfico injustificado y su relación con el criterio de las actividades dirigidas

The relation between the Regulation 2018/302 on unjustified geoblocking and the "directing activities" criterium

AURELIO LÓPEZ-TARRUELA MARTÍNEZ

Profesor Titular de Derecho Internacional Privado,
Universidad de Alicante

DOI: https:/doi.org/10.36151/MDIPR.2018.004

Bitácora Millennium, Nº 7 (enero-junio 2018)

Zaragoza, junio 2018

Abstract

El presente trabajo analiza el ámbito de aplicación territorial del Reglamento 2018/302 y su relación con el criterio de las actividades dirigidas del TJUE.

This work analysis the territorial scope of application of Regulation 2018/302 and its relation with the "directing activities" doctrine of the European Court of Justice.

Palabras clave: bloqueo geográfico, criterio de las actividades dirigidas, comercio electrónico

Key words: *Geoblocking, "Directing Activities" Criterium, Electronic Commerce*

Sumario

I. Introducción

II. Relectura del criterio de las actividades dirigidas a la luz del nuevo Reglamento sobre bloqueo geográfico injustificado

III. La aplicación del Reglamento a comerciantes establecidos en terceros Estados

IV. Conclusiones

Bibliografía

I. Introducción

El pasado 2 de marzo se publicó en el Diario Oficial el Reglamento 2018/302 sobre bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación en el mercado interior (en adelante el Reglamento)[1].

El Reglamento se ha adoptado, en el marco de la Estrategia del mercado único digital, con la finalidad de garantizar un "mejor acceso de los consumidores y las empresas a los bienes en línea"[2]. En este sentido, el Reglamento pretende incrementar el nivel relativamente bajo de transacciones transfronterizas en la Unión Europea debido, en gran parte, a prácticas de los comerciantes destinadas a segmentar artificialmente el mercado interior que impiden a los consumidores disfrutar de posibilidades de elección más amplias y unas condiciones óptimas[3].

Para conseguir este objetivo el Reglamento prohíbe cualquier tipo de práctica discriminatoria que los comerciantes – por ejemplo, plataformas de comercio electrónico o proveedores de servicios en la nube – aplican a sus clientes con base en su residencia habitual, nacionalidad o establecimiento[4].

En particular, las prohibiciones de discriminación están referidas a:

a) el bloqueo de acceso al interfaz en línea – el sitio web o la aplicación informática – del comerciante, si bien se admite la redirección a otra versión de la interfaz en línea

Fecha de recepción del original: 30 de abril de 2018. Fecha de aceptación de la versión final: 8 de junio de 2018.

[1] DOUE L I60, de 2 marzo 2018.

[2] COMISIÓN EUROPEA, *Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa,* Doc. COM(2015) 192 final.

[3] Considerando 2. Según el *Impact Assessment accompanying the document proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on adressing geo-blocking and other forms of discriminiation based on place of residence or establishment or nationality within the Single Market*, Doc. SWD(2016) 173 FINAL, p. 8 sobre un 37% de los sitios web permiten a los clientes europeos completar de manera satisfactoria el procedimiento de contratación y pago de un producto o servicio..

[4] Se trata, como específica, el considerando 4, de una "clarificación" de la prohibición que ya existe en el Art. 20 Directiva 2006/123 de servicios en el mercado interior (DOUE L 376 de 27 diciembre 2006).

siempre que el cliente haya dado su consentimiento y se le permita volver fácilmente a la versión a la que trató de acceder inicialmente.

b) las condiciones de acceso a: i) la compra de productos, siempre que estos se entreguen en un lugar de un Estado miembro en el que el comerciante ofrece servicios de entrega, o en un lugar acordado con el cliente; ii) la prestación de un servicio por vía electrónica – con exclusión de aquellos cuya característica principal sea proporcionar acceso o la venta de obras protegidas por derechos de autor –; iii) la prestación de servicios por medios tradicionales en un lugar físico localizado un Estado miembro donde el comerciante ejerza su actividad.

c) los medios de pago que se pueden utilizar, y las condiciones que les resultan aplicables.

No es intención de este breve trabajo explicar el contenido de estas prohibiciones, ni las excepciones a las mismas, ni las exclusiones del ámbito de aplicación del Reglamento. Su modesto objetivo es analizar dos aspectos que, a mi modo de ver, y contrariamente a lo que opina la Comisión Europea[5], pueden generar inseguridad jurídica en los comerciantes online (especialmente en los pequeños y medianos) y que, en última instancia, puede tener un efecto contrario al pretendido por el Reglamento: desincentivar el comercio electrónico.

En primer lugar, el Reglamento prohíbe las técnicas de bloqueo de acceso y de redirección a otras páginas web, con lo que los comerciantes han perdido una valiosa herramienta para *indicar al consumidor que su sitio web no esta dirigido a su Estado miembro de residencia*[6]. Como consecuencia de ello, tras la entrada en vigor del Reglamento será más difícil determinar este extremo, circunstancia que, como es conocido, tiene importantes consecuencias[7]. De ello depende que, de acuerdo con

[5] Vease COMISIÓN EUROPEA, *Questions and answers relating to the Regulation on addressing unjustified geoblocking and other forms of discrimination based on customers' nationality, place of residence or place of establishment within the internal market ("Geo-blocking Regulation")*, disponible en https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/geo-blocking-regulation-questions-and-answers. En la pag. 7 se afirma: "*With the Regulation companies and consumers alike benefit from more legal certainty about those specific practices which cannot be justified in any event. The Regulation prevents traders from discriminating in the situations covered and thus provides legal certainty and improves enforceability*".

[6] Sobre la utilización de estos mecanismos, DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho privado de Internet*, 5ª Ed, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2015, p. 1033.

[7] En este sentido, DE MIGUEL ASENSIO, P., "El nuevo Reglamento de la Unión Europea sobre bloqueo geográfico y otras formas de discriminación", La Ley – Unión Europea, num. 59, 31 mayo 2018, p. 2; y "Reglamento (UE) 2018/302 sobre bloqueo geográfico y otras formas de discriminación",

los arts. 17 R. Bruselas I y 6 Roma I, el comerciante, en caso de litigio, pueda ser demandado ante los tribunales del Estado miembro de residencia del consumidor y que la ley aplicable al contrato sea la de ese Estado[8].

En segundo lugar, si bien las exclusiones previstas en su ámbito de aplicación (art. 1.3)[9] y las excepciones a las prohibiciones (en particular el Art. 4)[10] limita las categorías de contratos afectados por el Reglamento, el mismo tiene un ámbito de aplicación territorial extremadamente amplio por cuanto resulta aplicable a todos los comerciantes, con independencia de si están establecidos en la Unión Europea o en terceros Estados. Ahora bien, aquí reside una segunda fuente de inseguridad

9 marzo 2018, disponible en http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2018/03/reglamento-ue-2018302-sobre-bloqueo.html

[8] En este sentido se pronunciaron los representantes en el Consejo de Luxemburgo, Estado que adoptó una Declaración en la que se indica: "Luxemburgo reitera su escepticismo respecto al valor añadido del Reglamento, que no ofrece seguridad jurídica y solo confirma los obstáculos existentes, en lugar de eliminarlos. El Reglamento obliga a los comerciantes a vender en cualquier parte de la UE, sin ofrecer mejoras ni aclaraciones respecto a la determinación de la legislación aplicable o los tribunales competentes. Las empresas no podrán protegerse de los riesgos jurídicos y económicos al restringir sus ventas al mercado nacional o a un número limitado de mercados, como si pueden hacer hoy en día". Finalmente, Luxemburgo dio su apoyo al Reglamento porque se incluyo la clausula de revisión del Art. 9 que obliga a evaluar su impacto en 2 años.

[9] Como consecuencia de la remisión que se establece en el art. 1.3 al Art. 2.2 Directiva 2006/123 de la que trae causa, el Reglamento no resulta aplicable, entre otros, a: los servicios de interés general no económicos; los servicios financieros al por menor; los servicios y redes de comunicaciones electrónicas; los servicios de transporte incluyendo la venta de billetes ("edreams.es", "rumbo.es"), pero no los contratos de servicios combinados; los servicios de las empresas de trabajo temporal; las actividades de juego, los servicios sanitarios; algunos servicios sociales; y los servicios audiovisuales, incluyendo el suministro de acceso a retransmisiones deportivas y que se prestan sobre la base de licencias territoriales exclusivas.

[10] El Art. 4.1 a) no resulta aplicable a los *comerciantes de tiendas online de productos tangibles que sólo prevén la entrega del producto en uno o varios Estados miembros*. Estos comerciantes no están obligados a ofrecer las mismas condiciones de entrega del producto a clientes residentes o con establecimiento en otros Estados miembros. Del mismo modo, el art. 4.1 b) relativo a los servicios prestados por medios electrónicos no resulta aplicable a servicios no audiovisuales prestados electrónicamente "cuya característica principal sea proporcionar acceso a obras protegidas por derechos de autor o a otras prestaciones protegidas, y permitir su utilización, incluida la venta de obras protegidas por derechos de autor y prestaciones que no tengan soporte material". Por su parte, el Art. 4.1 c), relativo a *servicios que no se prestan por vía electrónica*, indica que el comerciante sólo está obligado a ofrecer las mismas condiciones de acceso en relación con servicios que se ofrecen en el Estado miembro donde tiene su establecimiento. En fin, el Art. 4.5 establece que la prohibición de discriminación relativa al acceso a productos y servicios *no resultará aplicable en relación con los precios de los libros* (ya sean en formato digital o tradicional), en la medida en que algunas legislaciones nacionales todavía establecen precios obligatorios o tasas para este producto.

jurídica: *¿qué comerciantes establecidos en terceros Estados se ven afectados por el Reglamento?*

La respuesta a ambos interrogantes exige acudir, como en muchas otras materias, al "criterio de las actividades dirigidas"[11].

II. Relectura del criterio de las actividades dirigidas a la luz del nuevo Reglamento sobre bloqueo geográfico injustificado

El cumplimiento de las obligaciones de no discriminación impuestas por el Reglamento implica que los comerciantes deben permitir que consumidores residentes en otros Estados miembros accedan a su sitio web, y celebren el contrato en las mismas condiciones de acceso y pago que los consumidores nacionales. Así se deriva de los arts. 3.1, 4.1 y 5.1 del Reglamento. En este sentido, un hotel español que permite a sus clientes reservar de habitaciones a partir de su sitio web no puede bloquear el acceso al mismo a clientes residentes en, por ejemplo, Francia, o aplicarles condiciones de acceso o pago diferentes a las que aplica a los clientes españoles.

Ahora bien, de acuerdo con el Art. 1.6, de ello "*no se derivará que un comerciante dirige sus actividades al Estado miembro de residencia habitual o domicilio del consumidor en el sentido del artículo 6, apartado 1, letra b), del Reglamento 593/2008 y del artículo 17, apartado 1, letra c), del Reglamento 1215/2012. En particular, cuando un comerciante, que actúa de conformidad con los artículos 3, 4 y 5 del presente Reglamento, no bloquea ni limita el acceso de los consumidores a su interfaz en línea, no redirige a los consumidores a una versión de su interfaz en línea basada en la nacionalidad o lugar de residencia de los mismos diferente de la interfaz en línea a la que hubiesen tratado de acceder inicialmente, no aplica condiciones generales de acceso diferentes al vender productos o prestar servicios en los supuestos previstos en el presente Reglamento, o acepta instrumentos de pago emitidos en otro Estado miembro de manera no discriminatoria,* ***no se considerará, únicamente por esos motivos, que dicho comerciante dirige sus actividades al Estado miembro en que el consumidor tiene su domicilio o residencia habitual****. Tampoco se considerará, únicamente por dichos motivos, que el comerciante facilita información y asistencia al consumidor tras la celebración del*

[11] Un análisis en profundidad de la jurisprudencia del TJUE sobre este criterio en diversas materias puede encontrarse en LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, A., "El criterio de las actividades dirigidas como concepto autónomo de Dipr de la Unión Europea para la regulación de las actividades en Internet", *REDI*, vol. 69-II, 2017, pp. 223-256.

contrato conforme a las obligaciones que le incumben en virtud del presente Reglamento"[12]*.*

Es decir, por el simple hecho de permitir que consumidores residentes en otros Estados miembros accedan a su sitio web, y adquieran los productos y servicios en las mismas condiciones de acceso y pago que los consumidores nacionales, no puede entenderse que el comerciante dirige sus actividades al Estado miembro de residencia del consumidor en el sentido del Art. 17 R. Bruselas I, y Art. 6 R. Roma I. Así, siguiendo con nuestro ejemplo, que un cliente sueco pueda reservar una habitación a través del sitio web no significa que el hotel español dirija sus actividades a Suecia.

A partir de aquí, la pregunta surge por si sola: ¿entonces que más es necesario para que se cumpla esa condición? A nadie escapa las importantes consecuencias que se derivan de su respuesta para los comerciantes: desde el momento en que se entiende que el comerciante está dirigiendo sus actividades al Estado miembro de residencia del consumidor, en caso de litigio, puede ser demandado ante los tribunales de ese Estado miembro y la ley aplicable al contrato será la de ese Estado. Se trata de un riesgo que no todos los comerciantes (y, en particular, las pymes y microempresas) pueden asumir. Siendo esto así, ¿qué puede hacer un comerciante para que se considere que su sitio web *no está dirigido a otros Estados miembros o que está dirigido únicamente a algunos Estados miembros*?¿que debe hacer para estar seguro de que no puede ser demandado ante los tribunales de cualquier Estado miembro?

Desafortunadamente, al contrario de lo que pasa con otros aspectos del Reglamento, ni los considerandos[13], ni los documentos preparatorios[14], ni los publicados con posterioridad a su adopción[15] ofrecen pautas sobre está cuestión.

[12] La versión original de la disposición en la propuesta de la Comisión establecía: Art. 1.5. "*El presente Reglamento se entenderá sin perjuicio del Derecho de la Unión relativo a la cooperación judicial en materia civil. Del cumplimiento del presente Reglamento no se derivará que un comerciante dirige sus actividades al Estado miembro de residencia habitual o domicilio del consumidor en el sentido del artículo 6, apartado 1, letra b), del Reglamento 593/2008 y del artículo 17, apartado 1, letra c), del Reglamento 1215/2012".* Las precisiones adicionales se introdujeron en el trámite del Parlamento.

[13] Los considerandos 12 y 13 (introducidos por el Parlamento) que, supuestamente están destinados a aportar criterios para interpretar el articulado del Reglamento poco aportar pues se limitan a recordar la protección que se otorga a los consumidores en el R. Bruselas I y el R. Roma I (considerando 12), y a reescribir literalmente el texto del Art. 1.6. Algo más de pistas ofrece, como veremos, el considerando 26.

Es más, el Reglamento contiene alguna afirmación difícilmente sostenible. En primer lugar, el considerando 26 indica que "el cumplimiento del presente Reglamento no conlleva para el comerciante ningún coste adicional asociado a la competencia judicial o a diferencias en el Derecho aplicable". A mi modo de ver, esto no es necesariamente así en la medida en que los costes de información en los que debe incurrir un comerciante para analizar los riesgos que implica la particular configuración de su sitio web y las medidas que hay que tomar para su minimización pueden ser considerables.

En segundo lugar, como ya se ha avanzado, el Art. 1.6 indica que: "[e]l presente Reglamento se entenderá sin perjuicio del Derecho de la Unión relativo a la cooperación judicial en materia civil". De ser esto cierto, la jurisprudencia relativa al Art. 17 R. Bruselas I [y, por extensión, del Art. 6 R. Roma I] no resultaría afectada. No creemos que esto sea exacto. Como vamos a ver, las obligaciones impuestas a los comerciantes por el Reglamento obligan a realizar una relectura de esa jurisprudencia y una nueva ponderación de los indicios identificados en ella.

La inseguridad que generan estos interrogantes no se limita a las situaciones intra-UE – en las que el comerciante está domiciliado en un Estado miembro diferente al del consumidor – sino también a las situaciones extra-UE – en las que el comerciante está establecido en un tercer Estado – las cuales también están cubiertas por el Reglamento. En estas últimas, el "criterio de las actividades dirigidas" debe seguir aplicándose por cuanto, como indican los actuales arts. 6.1 y 18.1 R. Bruselas I, el foro del domicilio del consumidor (y consecuentemente, las condiciones establecidas por el Art. 17) resulta aplicable con independencia del Estado donde está domiciliado del profesional[16].

[14] La propuesta de la Comisión (Doc. COM(2016(289 FINAL) se limita a indicar que "El artículo 1 también garantiza a los comerciantes que la observancia del presente Reglamento como tal no significa que el comerciante dirige sus actividades a un determinado Estado miembro a efectos del Reglamento (CE) n.º 593/2008 y del Reglamento (UE) n.º 1215/2012, que regulan las cuestiones relativas a la legislación aplicable y la competencia judicial". El *Impact Assessment* tampoco ofrece mayores pistas.

[15] Véanse las respuestas a las preguntas 4.20 y 7.2 en las *Questions & Answers* publicadas por la Comisión Europea.

[16] Esta modificación introducida en el R. Bruselas I conlleva la "desactivación" del defectuoso foro especial en materia de consumidores contenido en el actual art. 22.quinquies d) de nuestra LOPJ, el cual únicamente exige, para atribuir la competencia a los tribunales españoles, que el consumidor tenga su residencia habitual en España.

Como se ha avanzado, la entrada en vigor del Reglamento conlleva que algunos de los indicios[17] que hasta el momento resultaban de mayor utilidad para determinar los Estados miembros a los que un sitio web estaba dirigido pierden toda su eficacia y, de hecho, pasan a estar prohibidos. Nos referimos a:

a) La utilización de mecanismos para bloquear el acceso al interfaz en línea del comerciante. Esta era la manera más segura que tenían los comerciantes para indicar que su sitio web no estaba dirigido a otros Estados miembro, o al Estado miembro de la residencia del consumidor. Con el Reglamento, este mecanismo queda prohibido por considerarse discriminaciones injustificadas basadas en la residencia del cliente (Art. 4)[18].

b) Tampoco es posible redireccionar al consumidor a otra versión del interfaz en línea, salvo que, como se ha indicado, se cumplan ciertas condiciones. En principio, una interpretación literal de la disposición debería llevar a sostener que dicha redirección debería ser a otro interfaz del mismo comerciante. Ahora bien, en muchos casos, la redirección es a un sitio web cuyo titular es una empresa diferente perteneciente al mismo grupo de sociedades. Tal sería el caso de Amazon, Google o Groupon, que trabajan con distintas filiales en cada Estado miembro. A mi modo de ver, si las instituciones son coherentes con su intención de que el Reglamento afecte lo menos posible a la libertad de los comerciantes de diseñar su política comercial, estas redirecciones deberían permitirse.

c) Aunque el Reglamento parezca indicar lo contrario en alguno de sus considerandos[19], el comerciante no puede negarse a celebrar contratos por el hecho

[17] En general, sobre estos indicios, ARROYO APARICIO, A, "Art. 17", en Blanco-Morales Limones, P., Garau Sobrino, F., Lorenzo Guillen, M. L., Montero Muriel F. J. (coords.), *Comentarios al Reglamento (UE) 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil,* Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 435-457; BONOMI, A., "Jurisdiction over Consumer Contracts", en Dickinson, A. y Lein, E. (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, OUP, 2015, pp. 213-237, esp. 228

[18] Debe señalarse que el Reglamento castiga no sólo las discriminaciones directas, sino también las "indirectas", es decir aquellos otros criterios de distinción que conducen al mismo resultado que la aplicación de criterios basados directamente en la nacionalidad, lugar de residencia o lugar de establecimiento del cliente. Es el caso de criterios basados en la información que indique la ubicación física del cliente (geolocalización), la dirección IP utilizada para acceder al sitio web o la aplicación móvil, la dirección suministrada para la entrega de las mercancías, la elección de la lengua o el Estado miembro de emisión del instrumento de pago del cliente (Considerando 6).

[19] De acuerdo con el considerando 18: "No debe entenderse […] que la prohibición de discriminación en cuanto al acceso a interfaces en línea obliga al comerciante a realizar transacciones con los clientes". La idea se repite en las *Questions & Answers* (p. 17): "*The Regulation does not introduce an obligation for companies to contract*" y "*The Regulation does not create an obligation on traders to*

de que la residencia habitual del consumidor esté en otro Estado miembro. Por lo tanto, el comerciante no puede acudir a esta herramienta para impedir que se considere que dirige sus actividades hacia ese Estado miembro. De hecho, la negativa a celebrar el contrato impide que se puedan aplicar los arts. 17 R. Bruselas I y Art. 6 R. Roma I pues en ambos casos se requiere la existencia de una relación contractual entre el consumidor y el comerciante.

En relación con este último aspecto, aunque la simple celebración del contrato no era un indicio suficiente para considerar que un sitio web estaba dirigido a un determinado Estado, la jurisprudencia "*Muhlleitner*" sí entendía que debía tomarse en consideración como un indicio más[20]. En la medida en que, tras la entrada en vigor del Reglamento, el comerciante está obligado a celebrar el contrato con independencia del Estado miembro de residencia del consumidor, esta jurisprudencia debe entenderse superada.

También pierden su relevancia ciertos indicios que el TJUE, ya de por sí, consideraba "débiles" en la sentencia "*Pammer*"[21]. Nos referimos a la indicación de números de teléfono con prefijo internacional; la utilización de nombres de dominio de primer nivel (por ejemplo, ".com") o de un Estado miembro distinto a aquel donde está establecido el comerciante; la descripción de itinerarios desde otro u otros Estados miembros al lugar de prestación del servicio; la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en diferentes Estados miembros; o el carácter internacional de la actividad en cuestión – es el caso de las actividades turísticas[22].

---

sell". Para un comerciante que hasta la entrada en vigor del Reglamento sólo contrataba con clientes de uno o varios Estados miembros estas afirmaciones son engañosas. El legislador debería haber sido más preciso: tras la entrada en vigor del Reglamento los comerciantes no pueden dejar de contratar con un cliente por razones que tienen que ver con su residencia habitual, establecimiento o nacionalidad. Ahora bien, el comerciante puede limitar su oferta de productos o servicios en atención a cualquier otro criterio.

[20] En ella, el TJUE afirma que la toma de contacto a distancia del consumidor con la página de Internet, la reserva de un bien o de un servicio a distancia o la celebración de un contrato de consumo a distancia son indicios de vinculación del contrato a la actividad dirigida al domicilio del consumidor" (apdo. 44). Sobre esta cuestión, Esteban de la Rosa, F., "El papel del nexo de causalidad en el sistema europeo de competencia internacional de los contratos de consumo: ¿Una condición para el olvido?", *La Ley Unión Europea*, mes 11, 2014, pp. 5-17.

[21] STJUE de 7 Diciembre 2010, "*Pammer*" y "*Hotel Alpenhof*", As. C-585/08 y C-144/09, ECLI:EU:C:2010:740. Nota de QUIÑONES ESCAMEZ, A., *REDI*, 2010, núm. 2, pp. 255-258.

[22] "*Pammer*", ap. 83.

Estos indicios tenían cierta relevancia para determinar la intención del comerciante de dirigir sus actividades a Estados miembros diferentes a aquel en el que está establecido; *pero no si dichas actividades están dirigidas, en particular, a el Estado miembro de residencia habitual del consumidor*. Además, en la medida en que, tras la entrada en vigor del Reglamento, el comerciante tendrá la obligación de permitir el acceso a su sitio web y de ofrecer las mismas condiciones de acceso y pago a consumidores residentes en cualquier Estado miembro, estos indicios pierden su relevancia.

Mayor dificultad existe para determinar cómo afecta el Reglamento a las expresiones manifiestas de voluntad del comerciante de dirigir o no dirigir sus actividades a un determinado Estado miembro.

En principio, las expresiones de voluntad negativas ("este sitio web o esta determinada oferta no va dirigida a los consumidores residentes en Francia") encierran una discriminación por razón de residencia sancionada por el Reglamento. Aunque en la práctica, el comerciante permita la celebración del contrato, se está desincentivando a los consumidores residentes en esos Estados miembro.

En cambio, las expresiones de voluntad positivas ("este sitio web está dirigido a los consumidores residentes en España y Portugal"), han sido refrendadas por el TJUE como indicios fuertes de dirección de las actividades a un determinado Estado miembro[23] y deben pasar a adquirir una gran relevancia tras la entrada en vigor del Reglamento. A ellas se refiere, de manera confusa, el considerando 26 al indicar: "[p]or el contrario, cuando un comerciante sí ejerce sus actividades en el Estado miembro del consumidor, o dirige sus actividades a ese Estado miembro, el comerciante ha manifestado una intención de establecer relaciones comerciales con los consumidores de ese Estado miembro y, por lo tanto, ha podido tener en cuenta tales costes". A mi modo de ver, la lectura debe ser al revés: el comerciante dirige sus actividades a un determinado Estado miembro cuando ha manifestado su intención de establecer relaciones comerciales con los consumidores de ese Estado.

La utilización de estas expresiones de voluntad positivas no está exenta de problemas: ¿podría llegar a entenderse que en ellas se encierra una discriminación indirecta de todos aquellos consumidores que residen en Estados miembros a los que el comerciante no ha expresado su voluntad de dirigir sus actividades? A mi modo de ver, la respuesta debe ser negativa. Para favorecer el ejercicio de actividades de comercio electrónico se debería permitir a los comerciantes seguir haciendo uso de estas expresiones de voluntad. No obstante, pueden aparecer

[23] "*Pammer*", ap. 80

situaciones dudosas e, incluso, se puede estar propiciando una puerta al fraude: un comerciante que indica que su sitio web está dirigido a España y Portugal pero vende regularmente a consumidores residentes en Francia, ¿debe entenderse que dirige sus actividades solo a esos dos países, o también a Francia?

Además de estas expresiones de voluntad positivas, también adquieren una mayor relevancia para determinar el o los Estados miembros a los que va dirigido el sitio web los siguientes indicios:

a) La utilización de nombres de dominio de primer nivel del Estado miembro de residencia del consumidor. Por ejemplo: la empresa española TiendaGenial ofrece sus productos en Francia a través del sitio web "tiendagenial.fr" a consumidores con residencia habitual en Francia.

b) La facultad ofertada al consumidor, cumpliendo los requisitos establecidos en el Art. 3 Reglamento, de acceder a un sitio web del mismo comerciante en el que se utiliza un nombre de dominio de primer nivel correspondiente a su Estado miembro de residencia habitual. Por ejemplo, el sitio web de TiendaGenial "tiendagenial.com" ofrece la posibilidad a los usuarios con Dirección IP correspondiente a Francia de continuar su compra en el sitio web "tiendagenial.fr".

c) La inclusión en el sitio web de números de teléfono de asistencia con el prefijo del Estado miembro de residencia del consumidor. Por ejemplo, el sitio web de TiendaGenial "tiendagenial.com" incluye números de servicios post-venta con prefijo de Francia.

d) La posibilidad ofrecida a los usuarios de acceder a una versión del interfaz online en la lengua del Estado miembro de residencia del consumidor, siempre que esa lengua no sea la misma que se utiliza habitualmente en el Estado miembro de establecimiento del cliente[24]. Por ejemplo, una vez descargada la aplicación móvil de TiendaGenial "tiendagenial.com" se ofrece al usuario tiene la posibilidad de optar por

[24] "*Pammer*", ap. 84. En las *Questions & Answers* de la Comisión, la pregunta "*Will having a website in a specific language mean that the trader is targeting that market?*" recibe la siguiente respuesta: "*The Regulation does not affect the rights and obligations established under the Rome I (593/2008) and Brussels I (215/2012) Regulations, including the rules that those Regulations contain as regards traders directing their activities to another Member State. The Geoblocking Regulation provides in this regard that mere compliance with its rules does not mean that the trader directs his or her activities to consumers in another Member State. Therefore, whether the use of a specific language on a website means that the trader is directing his or her activities to customers in a given Member State will have to be decided on the basis of the Rome I and Brussels I Regulations and the relevant case-law relating to those Regulations*".

el idioma español, francés o inglés. En relación con el segundo, esta circunstancia supone un indicio, aunque no definitivo, de que el comerciante puede estar dirigiendo sus actividades a Francia, Bélgica y Luxemburgo. La utilización del idioma inglés debería tener un menor peso en vista de que se ha convertido en la lengua que utilizan habitual, de manera más o menos correcta, ciudadanos de una gran diversidad de países.

e) La expresión de los precios en el sitio web en la divisa del Estado miembro de residencia del consumidor, siempre que esa divisa no sea el euro[25]. Por ejemplo, si el sitio web de TiendaGenial "tiendagenial.com" indica los precios de sus productos y servicios en coronas suecas, puede entenderse que dirige sus actividades a Suecia.

f) La utilización de servicios de publicidad (AdWords, AdSense, o Facebook Ads, Amazon) que permita a los usuarios del Estado miembro de residencia del consumidor acceder a anuncios de productos y servicios del anunciante[26]. Este sería el caso si TiendaGenial contratara con Google u otra compañía un servicio de publicidad web para que aparezca un anuncio patrocinado de la compañía cuando los usuarios de Francia visitan determinadas páginas web, o utilizan una determinada red social.

g) El recurso a plataformas electrónicas de intermediación (Amazon, eBay, Groupon) que ofrecen los productos y servicios del comerciante en el Estado miembro de residencia del consumidor[27]. Supongamos que TiendaGenial ofrecer sus productos y servicios a través de la plataforma de Amazon. En la medida en que los clientes franceses pueden acceder a las ofertas de Tienda Genial a través del sitio web de un tercero y que el mismo está dirigido a ese Estado miembro, las actividades de TiendaGenial también lo estarán.

Este último indicio puede resultar especialmente problemático cuando nos encontramos ante plataformas electrónicas de economía colaborativa como Airbnb. En principio, la persona física que ofrece en alquiler su casa o una habitación de su casa de manera esporádica no será considerado profesional a los efectos de los Art.

---

[25] "*Pammer*", ap. 84.

[26] "*Pammer*", ap. 81.

[27] Esto no significa que los particulares que venden sus productos u ofrecen sus servicios en plataformas de economía colaborativa sean considerados "comerciantes" a los efectos de ninguno de estos reglamentos. En este sentido, las *Questions & Answers* de la Comisión (p. 12) indican: "*Therefore, a person who sells occasionally second-hand goods online, outside his or her profession or trade, does not fall within the scope of this Regulation*".

17 R. Bruselas I y Art. 6 R. Roma I. Más problemáticos son aquellos casos en los que el alquiler se ofrece de manera regular. Así, en "airbnb.fr" se pueden visualizar anuncios de viviendas localizadas en Alicante en diferentes idiomas. ¿Están los usuarios que han subido esos anuncios sometidos a la jurisdicción de los tribunales franceses en caso de litigio? A mi modo de ver la respuesta debe ser afirmativa.

Como apunte final del presente apartado, debe recordarse que las dificultades que introduce el Reglamento a la hora de interpretar el criterio de las actividades dirigidas no se limitan a los arts. 17 R. Bruselas I y 6 R. Roma I. Como ha puesto de manifiesto P. de Miguel Asensio[28], este criterio también resulta aplicable, al menos, para determinar si una práctica presuntamente desleal tiene efectos en el mercado del Estado miembro de residencia del consumidor a los efectos del art. 6.1 R. Roma II. El hecho de que un comerciante online permita, tal y como le exige el Reglamento, que los consumidores residentes en un determinado Estado miembro accedan a un sitio web y contraten los productos y servicios ofrecidos en el mismo *no es suficiente* para considerar que la actividad del comerciante afecta a los intereses colectivos de los consumidores de ese Estado. Se deberá observar la existencia de los indicios anteriormente señalados.

III. La aplicación del Reglamento a comerciantes establecidos en terceros Estados

Según se ha explicado en la introducción, el Reglamento tiene un limitado ámbito de aplicación material por cuanto muchas relaciones jurídicas han sido excluidas del mismo (art. 1.3), y existen importantes excepciones a la aplicación de las prohibiciones de discriminación (en particular, art. 4.1).

Como acertadamente se ha afirmado[29], esto conlleva una reducción del grado de afectación que el Reglamento puede tener pues, en gran medida, quedan al margen del mismo los supuestos típicos del llamado comercio electrónico indirecto, en los que la entrega del producto en soporte tangible o la prestación del servicio no tiene lugar en línea (salvo en supuestos que no son los más habituales, por ejemplo, cuando el cliente se desplace al país del comerciante a por el producto)[30]. Además,

[28] DE MIGUEL ASENSIO, P., "El nuevo Reglamento…", *op. cit.*, p.10.

[29] DE MIGUEL ASENSIO, P., "El Reglamento…", *op. cit*.

[30] Cuando un consumidor residente en Francia adquiere un producto de un comerciante online español, éste puede aplicarle condiciones diferentes que a los consumidores residentes en España en la medida en que el envío del producto por medios tradicionales supone un coste suplementario. El comerciante puede, incluso, negarse a celebrar el contrato. Ahora bien, si el comerciante ofrece la

en relación con el llamado comercio electrónico directo, quedan igualmente excluidos un conjunto muy significativo de contratos de suministro de contenidos digitales.

Ahora bien, en contraste con esto, el Reglamento prevé un extenso ámbito de aplicación personal y territorial. Por lo que respecta al primer aspecto, resultan protegidos por el Reglamento tanto los consumidores como las empresas "que tenga su lugar de establecimiento en un Estado miembro, y que recibe un servicio o adquiere un producto, o tiene intención de hacerlo, en la Unión, únicamente para su uso final" (véase la definición de "cliente" en el Art. 2.13)[31].

Por lo que respecta al segundo aspecto, en el que nos vamos a centrar, ni el Art. 1 (Ámbito de aplicación), ni el Art. 2 (Definiciones) limitan la aplicación del Reglamento a comerciantes establecidos en la Unión Europea. En consecuencia, y de acuerdo con lo que establece el considerando 4, el Reglamento resulta aplicable *con independencia del Estado donde se encuentre el establecimiento del comerciante*. Es decir, el Reglamento resulta aplicable tanto a proveedores establecidos en Estados miembros, cuanto en terceros Estados, lo que implica una extensión del ámbito de aplicación territorial de la Directiva 2006/123 de la que trae causa el Reglamento. La razón de ser de esta extensión reside en la necesidad de garantizar que todos comerciantes (europeos y extranjeros) que compiten en el mercado interior se vean sujetos a los mismos requisitos[32]. Aunque acertada, esta extensión del ámbito de aplicación territorial genera algunos interrogantes.

De entrada, esta extensión del ámbito de aplicación presenta problemas de compatibilidad con el principio de proporcionalidad que rige la actuación de las instituciones. De acuerdo con este principio, la acción legislativa de la Unión no excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos de los tratados (art. 5.4 TFUE).

---

oportunidad de recoger el producto en alguno de sus establecimientos en España, se deberá ofrecer esa posibilidad también al consumidor residente en Francia.

[31] La razón de la inclusión de las empresas es que a menudo se encuentran en una posición similar a la de los consumidores, en particular cuando se trata de pymes o microempresas. La protección no es extensiva a personas físicas o jurídicas que adquieren un producto o un servicio para su reintroducción en el mercado, o para su utilización con fines comerciales (considerando 16)

[32] Considerando 17. El *Impact Assessment*, p. 6, indica: "*This implies that traders established in non-EU countries but providing their services within the Single Market would be equally concerned. This is in line with legislation concerning the protection of consumers and payment services, which apply irrespective of where the trader is based, and creates a level playing-field between EU companies and non-EU companies. Furthermore, from a customer's perspective it can be difficult to determine whether a company is established and excluding non-EU trader could result in relocation of activities in order to circumvent the rules proposed under this initiative*".

De acuerdo con el Art. 1.1 del Reglamento su finalidad es "contribuir al buen funcionamiento del mercado interior", es decir, "un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada" (Art. 26.3 TFUE). Pues bien, la aplicación del Reglamento a los comerciantes establecidos en terceros Estados no es necesaria para garantizar las libertades de circulación, por lo que contraviene el principio de proporcionalidad.

Ciertamente, esta aplicación extra-UE del Reglamento podría justificarse en la necesidad de garantizar la protección de todos los consumidores residentes en la UE. De ser así, hubiera sido oportuno hacer alguna mención al respecto en el Art. 1.1. Pero, incluso en tal caso, resultaría necesario justificar la necesidad de aplicar el Reglamento a comerciantes establecidos en terceros Estados en sus relaciones con empresas domiciliadas en la Unión Europea.

Como he dicho, la extensión del ámbito de aplicación territorial me parece acertada, pero debería estar mejor justificada jurídicamente.

Aparte de esta crítica a su justificación, el Reglamento adolece de un problema mayor: la *indefinición de su ámbito de aplicación territorial*. Resulta sorprende que el art. 1 del Reglamento no establezca ninguna condición para la su aplicación a comerciantes establecidos en terceros Estados, como si se establece, por ejemplo, en el Art. 3.2 del Reglamento 2016/679 general de protección de datos personales[33]. A pesar de que el *Impact Assessment* de la Comisión anunciaba que debía regularse esta cuestión[34], el texto finalmente aprobado carece de una norma al respecto. ¿Quiere esto decir que el Reglamento se aplica a todos los sitio webs y aplicaciones accesibles por clientes establecidos en la Unión Europea?

Esta pregunta adquirirá, si cabe, una mayor relevancia a partir del 30 marzo 2019, fecha en la que los comerciantes establecidos en el Reino Unido pasarán a ser empresas domiciliadas en terceros Estados[35].

---

[33] DOUE L 119, 4 de mayo de 2016

[34] "*To avoid an extra-territorial application of EU law, the legislative initiative would clarify that it only applies to transactions for goods and services offered and supplied and paid within the EU: consumers must receive the service or the good in the EU. For instance, the initiative would not apply to an EU consumer renting a car in the US, or to an EU consumer ordering a product to be picked up in Morocco*" (p. 6),

[35] Vease en particular, COMISIÓN EUROPEA, "*Notice to stakeholders – Withdrawal of the United Kingdom and EU legislation in the field of geo-blocking*", p. 2, disponible en https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/notice_to_stakeholders_brexit_geoblocking_final.pdf

A mi modo de ver, la respuesta a esta pregunta debe venir de la mano del "criterio de las actividades dirigidas" el cual está recogido implícitamente en el Reglamento. Efectivamente, si atendemos a la definición de "cliente", sólo se entiende por tal a aquel que "recibe un servicio o adquiere un producto, o tiene intención de hacerlo, en la Unión". *A contrario*, esto quiere decir que, para que le resulte aplicable, el comerciante establecido en un tercer Estado debe ofrecer sus productos y servicios a clientes residentes o establecidos en la UE. Esta interpretación coincide con la ofrecida por la Comisión Europea en su "*Notice to stakeholders – Withdrawal of the United Kingdom and EU legislation in the field of geo-blocking*"[36], y en el *Impact Assessment*, si bien en este último caso, también se menciona – a mi modo de ver, erróneamente – que esos bienes o servicios hayan debido ser pagados en la UE para que el Reglamento resulte aplicable[37].

Los términos utilizados "oferta de bienes y servicios a clientes en la UE" son similares a los que establece el Art. 3.2 a) RGPD, razón que justifica que, al igual que ha afirmado la doctrina en relación con esta última disposición [38], la interpretación de estos términos del Reglamento se lleve a cabo a partir del "criterio de las actividades dirigidas". Por consiguiente, la relectura de los indicios identificados por la jurisprudencia del TJUE para la determinación de la competencia judicial internacional y el Derecho aplicable en materia de contratos celebrados por los consumidores vale también para determinar el ámbito de aplicación territorial del presente Reglamento. Se trata de un ejemplo más del importante papel que está adquiriendo el criterio de las actividades dirigidas en la regulación de las actividades que se llevan a cabo en Internet[39].

Un tercer problema que presenta la extensión del ámbito de aplicación espacial tiene que ver con su efectividad. Resulta cuestionable que las medidas adoptadas frente a comerciantes sin algún tipo de representación en la Unión Europea puedan llegar a ser efectivas.

---

[36] P. 2.

[37] P. 6.

[38] DE MIGUEL ASENSIO, P., "Competencia y Derecho aplicable en el reglamento general sobre protección de datos de la Unión Europea", *REDI*, 2017, num. 1., pp. 75-107.esp. 346; LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, A., "El criterio …", *op. cit.* p. 232.

[39] CACHARD, O., *La regulation internationale du marché électronique*, Paris, LGDJ, 2002, pp. 391-404.

Ciertamente, como indica la Comisión[40], el consumidor agraviado podrá hacer valer sus derechos ante los tribunales que posean competencia judicial internacional de acuerdo con los arts. 18 y 19 R. Bruselas I. No creemos, sin embargo, que esta sea una opción realista por los elevados costes que puede implicar el procedimiento como tal, y el reconocimiento y ejecución de la decisión en el tercer Estado donde el comerciante está establecido.

Mayores probabilidades existirán si se hace uso de los esquemas de cooperación entre autoridades previsto en el Reglamento 2006/2004. En principio, dichos esquemas, a los que se remite el Art. 7, solo son efectivos en las relaciones entre Estados miembros. Las FAQ de la Comisión indican que la posible sanción a comerciantes establecidos en terceros Estados se hace depender de la existencia de tratados bilaterales en la materia – hasta donde conozco, inexistentes –, o de que el comerciante posea bienes en territorio UE.

A mi modo de ver, existe otra opción que ya se utiliza al menos en materia de infracciones de derechos de propiedad intelectual[41] y que, a mi modo de ver, encontraría sustento legal en la Directiva 2000/31 de comercio electrónico: la adopción de requerimientos contra prestadores de acceso a Internet localizados en Estados miembros instándolos a que bloqueen el acceso a interfaces online de comerciantes establecidos en terceros Estados que incumplan el Reglamento. Se trata de una medida que sobre todo en casos de reiterados incumplimientos del Reglamento sería interesante estudiar.

Por último, aunque no está directamente vinculado con el ámbito de aplicación extra-UE del Reglamento, merece la pena señalar que el Art. 1.2 *excluye la aplicación del Reglamento a "situaciones puramente internas*, en las que todos los elementos pertinentes de la transacción se circunscriben al interior de un único Estado". A mi modo de ver, la exclusión de estas situaciones puede legitimar prácticas difícilmente justificables que consisten en discriminar a clientes residentes en el Estado donde está establecido el comerciante. Así, por ejemplo, los hoteles en España pueden ofrecer precios de sus habitaciones más baratos a turistas extranjeros que a turistas españoles. Un sitio web español que impide a un residente en España acceder al sitio web del hotel y contratar en las condiciones más beneficiosas que disfrutan los turistas residentes en otros Estados miembro *no sería sancionable* pues la relación entre el turista español y el sitio web español es una situación interna.

[40] *Questions & Answers*, p. 25.

[41] Sirva de ejemplo la sentencia del juzgado de lo mercantil de Barcelona 15/2018 de 12 enero (ECLI: ES:JMB:2017:1005) por la que se ordena a Telefónica, Vodafone Ono, Orange y Xfera que bloqueen el acceso de sus usuarios a los sitios web de enlaces HDFull y Repelis.

Nada impide, y de hecho sería de agradecer para evitar una "discriminación a la inversa", que los Estados miembros introdujeran una medida en este sentido en sus legislaciones internas.

IV. Conclusiones

El Reglamento contra las prácticas de bloqueo geográfico injustificado debe ser bienvenido por los beneficios que aporta para los consumidores y empresas europeas al permitirles acceder a un mayor número de ofertas y servicios en Internet. Del mismo modo, puede afirmarse que el Reglamento contribuirá al funcionamiento del mercado interior.

No obstante, a pesar del elevado número de documentos de acompañamiento adoptados para explicar las implicaciones del nuevo instrumento, las instituciones europeas han aportado muy pocas explicaciones en relación con dos cuestiones que, a mi modo de ver, resultan claves para los comerciantes: su relación con el criterio de las actividades dirigidas que determina la competencia judicial y la ley aplicable a los contratos celebrados por los consumidores; y el ámbito de aplicación territorial del Reglamento.

En el primer caso, el Reglamento exige una relectura de los indicios identificados por el TJUE para determinar cuando se puede entender que un sitio web está dirigido hacia el Estado miembro de residencia del consumidor.

En el segundo caso, resulta claro que el Reglamento no puede aplicarse, sin limitaciones, a cualquier comerciante establecido en un tercer Estado. Tan sólo resulta aplicable a comerciantes que "ofrecen sus productos y servicios en la UE", términos que, siguiendo el ejemplo del Art. 3.2 a) RGDP, deben interpretarse a partir del criterio de las actividades dirigidas.

Bibliografía

Arroyo Aparicio, A, "Art. 17", en BLANCO-MORALES LIMONES, P., GARAU SOBRINO, F., LORENZO GUILLEN, M. L., MONTERO MURIEL F. J. (coords.), *Comentarios al Reglamento (UE) 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil,* Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 435-457.

Bonomi, A., "Jurisdiction over Consumer Contracts", en Dickinson, A. y Lein, E. (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, OUP, 2015, pp. 213-237

Cachard, O., *La regulation internationale du marché électronique*, Paris, LGDJ, 2002, pp. 391-404

Comisión Europea, *Informe final de la investigación sectorial sobre el comercio electrónico,* (Doc COM(2017) 229 FINAL)

Comisión Europea, *Impact Assessment accompanying the document proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on adressing geo-blocking and other forms of discriminiation based on place of residence or establishment or nationality within the Single Market*, Doc. SWD(2016) 173 FINAL.

Comisión Europea, *Questions and answers relating to the Regulation on addressing unjustified geoblocking and other forms of discrimination based on customers' nationality, place of residence or place of establishment within the internal market ("Geo-blocking Regulation")*, disponible en https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/geo-blocking-regulation-questions-and-answers

De Miguel Asensio, P., "El nuevo Reglamento de la Unión Europea sobre bloqueo geográfico y otras formas de discriminación", La Ley – Unión Europea, num. 59, 31 mayo 2018.

De Miguel Asensio, P. A., "Competencia y Derecho aplicable en el reglamento general sobre protección de datos de la Unión Europea", *REDI*, 2017, num. 1., pp. 75-107.

De Miguel Asensio, P., "Reglamento (UE) 2018/302 sobre bloqueo geográfico y otras formas de discriminación", 9 marzo 2018, disponible en http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2018/03/reglamento-ue-2018302-sobre-bloqueo.html

De Miguel Asensio, P., *Derecho privado de Internet*, 5ª Ed, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2015

Lopez-Tarruella Martinez, A., "El criterio de las actividades dirigidas como concepto autónomo de Dipr de la Unión Europea para la regulación de las actividades en Internet", *REDI*, vol. 69-II, 2017, pp. 223-256

Rivas, J, Troussel, J.C., Bróna, H., "New EU Geo-Blocking Regulation: what businesses selling into the EU and across Member State borders need to do to comply", Bird&Bird, 18 abril 2018, disponible en https://www.twobirds.com/en/news/articles/2018/global/new-eu-geoblocking-regulation-what-businesses-selling-into-the-eu-need-to-do-to-comply

Shivel, LK, "New Geo-Blocking Regulations - What Are The Implications?", 20 abril 2018, disponible en https://www.lkshields.ie/news-insights/publication/new-geo-blocking-regulations-what-are-the-implications

Wilson, O., Crona, J., "The impact of the Geo-blocking Regulation after Brexit", Hogan Lovells – Global Media and Communication Watch, 16 abril 2018, disponible en https://www.hlmediacomms.com/2018/04/16/the-impact-of-the-geo-blocking-regulation-after-brexit/