

MEDIDAS CONTRA EL BLOQUEO GEOGRÁFICO INJUSTIFICADO: EL REGLAMENTO (UE) 2018/302 Y SU INCIDENCIA SOBRE LAS NORMAS EUROPEAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

MEASURES AGAINST UNJUSTIFIED GEO-BLOCKING: REGULATION (EU) 2018/302 AND ITS IMPACT ON EUROPEAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW RULES

José Ignacio PAREDES PÉREZ*

Sumario: I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO. II. EL REGLAMENTO 2018/302: OBJETIVOS Y CARÁCTER DE *LEX SPECIALIS*. III. ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL, MATERIAL Y TERRITORIAL. IV. PRÁCTICAS DISCRIMINATORIAS PROHIBIDAS. V. INCIDENCIA SOBRE LAS NORMAS EUROPEAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. VII. A MODO DE CONCLUSIÓN FINAL.

RESUMEN: El presente estudio tiene como objeto el análisis de las medidas del Reglamento 2018/320/UE contra las prácticas discriminatorias por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento en las transacciones transfronterizas dentro del mercado interior. En este contexto particular, se aborda la interacción de estas medidas con las normas europeas de Derecho internacional privado a efectos de delimitar, por un lado, los supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual en caso de infracción de las prohibiciones previstas en el nuevo Reglamento, y, por otro, de la necesidad de revisar la interpretación de los criterios que delimitan la noción de actividad dirigida al Estado miembro del domicilio del consumidor en el sentido y la finalidad del Reglamento, que no es otra que lograr la conciliación entre el derecho de los clientes a no ser discriminados por razones de carácter geográficos y la libertad de los comerciantes para determinar el ámbito geográfico al que dirigen sus actividades dentro de la Unión Europea.

ABSTRACT: The purpose of this study is to analyze the measures of Regulation 2018/320/EU against discriminatory practices based on nationality, place of residence or place of establishment in cross-border transactions within the internal market. In this particular context, the interaction of these measures with the European rules of private international law is addressed in order to delimit, on the one hand, the cases of contractual and non-contractual obligations in case of infringement of the prohibitions foreseen in the new Regulation, and, on the other hand, of the need to review the interpretation of the criteria that define the notion of activity addressed to the Member State of the domicile of the consumer in the meaning and

Fecha de recepción del original: 29 de abril de 2018. Fecha de aceptación de la versión final: 1 de junio de 2018.

* Profesor Asociado de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid. Correo electrónico: joseigpa@ucm.es

purpose of the Regulation, which is to achieve the conciliation between the right of the customers not to be discriminated against for geographical reasons and the freedom of the traders to determine the geographical scope to which they direct their activities within the European Union.

PALABRAS CLAVES: Bloqueo geográfico injustificado, Reglamento (UE) 2018/302, artículo 20.2 Directiva 2016/123, comerciante, consumidores, competencia judicial internacional, ley aplicable.

KEYWORDS: *Addressing unjustified geo-blocking, Regulation (EU) 2018/302, article 20.2 Directive 2016/123/EC, trader, consumers, jurisdiction, conflict of laws.*

I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

1. El pasado 2 de marzo tuvo lugar la publicación del Reglamento 2018/302 (UE) del Parlamento y del Consejo, 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 interior¹, que será de obligado cumplimiento a partir del 3 de diciembre del presente año. La reciente norma europea se enmarca dentro del primer pilar de la Comunicación de la Comisión, en su “Estrategia para la Creación de un Mercado Único Digital”, adoptada el 6 de mayo de 2015², y en la Comunicación de su “Estrategia para Mejorar el Mercado Interior”, de 28 de octubre de 2015³, con el fin de crear las condiciones adecuadas para mejorar el acceso a los servicios a los consumidores y a las empresas de la UE. Entre las diferentes actuaciones, incluidas en el contexto de este marco estratégico, se encontraban las que tenían por objeto abordar el bloqueo geográfico injustificado y luchar de forma integral contra la discriminación por razones de carácter geográfico. Dicha intervención de la UE obedece a la necesidad de proporcionar a los clientes un mejor acceso a los bienes y servicios en el mercado único evitando la discriminación directa o indirecta generada por los comerciantes al segmentar artificialmente el mercado por razón de la nacionalidad y la residencia de los clientes. Aunque el art. 20.2 de la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios del mercado interior⁴, contiene una cláusula genérica que impone a los prestadores de servicios la

¹ DOUE L núm. 60, 2 de marzo de 2018 (en adelante, Reglamento 2018/302).

² 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 [COM (2015) 192 final de 6.5.2015].

³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Mejorar el Mercado Único Digital de Europa. Más oportunidades para los ciudadanos y las empresas [COM (2015) 550 final de 28.10.2015].

⁴ DOUE L núm. 376, 27 de diciembre de 2006. Art. 20.2 Directiva 2006/123: “*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*”. La transposición de la norma europea se encuentra con el mismo tenor en el art. 16.3 Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE núm. 283, de 24 de noviembre de 2009).

obligación de no discriminación en situaciones transfronterizas, la práctica ha demostrado su ineficacia ante la indefinición de los criterios objetivos que pueden justificar las diferencias de trato a los clientes por razón de su residencia o lugar de establecimiento. Esta incertidumbre llevó a la Comisión a lanzar dos iniciativas en 2015 para identificar las medidas concretas a incorporar en la futura acción legislativa: una investigación en materia de competencia en el sector del comercio electrónico⁵; y una consulta pública sobre geobloqueo y otras restricciones geográficas a las compras y el acceso a la información en la UE. Los resultados de la consulta pública y las conclusiones de la investigación fueron publicados el 18 de marzo de 2016⁶, y figuran también en la evaluación de impacto⁷, que acompañaría a la Propuesta de Reglamento presentada por la Comisión, el 25 de mayo de 2016⁸, cuyas disposiciones son sustancialmente coincidentes con las del texto definitivo aprobado.

2. El objeto de este estudio es responder algunas cuestiones de DIPr que plantea la aplicación de las medidas adoptadas por la reciente norma europea, para lo cual comenzaré con un examen de la finalidad del Reglamento 2018/302, poniendo de relieve su carácter de *lex specialis* frente a la cláusula genérica prevista en el art. 20 de la Directiva 2006/123, el ámbito de aplicación y la caracterización de las prácticas discriminatorias injustificadas que pretende hacer frente. Después procederé a evaluar la incidencia del Reglamento 2018/302 sobre el Derecho de la UE relativo a la cooperación judicial en materia civil⁹, y ello desde la doble perspectiva de la acción recíproca en los supuestos comprendidos en su esfera de eficacia, toda vez que la infracción de las prohibiciones previstas en el Reglamento 2018/302 genera distintos supuestos de responsabilidad de carácter contractual y extracontractual¹⁰, que merecen un tratamiento específico, y de fricción con algunas normas del DIPr europeo, en la medida en que sus disposiciones interfieren en la aplicación del régimen normativo específico en materia de contratos de consumo del RBI bis y del RRI. En efecto, siendo cierto que el Reglamento 2018/302 se nutre de normas de DIPr material, en la medida en que establece un régimen sustantivo y que se dirige exclusivamente a supuestos de tráfico externo intracomunitario, no debe entenderse como parte integrante del DIPr de la UE, habida

⁵ Véase el Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: Informe final de la investigación sectorial sobre el comercio electrónico [COM (2017) 229 final de 10.5.2017].

⁶ Véase el Informe de Síntesis titulado «Geobloqueo y otras restricciones geográficas a las compras y el acceso a la información en la UE» (y que puede consultarse en la siguiente dirección <https://ec.europa.eu/digital-singlemarket/en/news/full-report-results-public-consultation-geoblocking>).

⁷ SWD (2016) 173 y SWD (2016) 174.

⁸ COM (2016) 289 final. Véase, a este respecto, VAN CLEYNENBREUGEL, P., “The European Commission’s geo-blocking proposal and the future of EU e-commerce regulation”, *Masaryk University Journal of Law and Technology*, vol. 11, 2017, pp. 39-62.

⁹ Sobre la relación entre el art. 20 Directiva 2006/123 y las normas europeas de DIPr, véase PAREDES PÉREZ, J.I., “La responsabilidad civil del prestador y la obligación general de no discriminación del artículo 20.2 de la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior”, *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 341-379.

¹⁰ Quedan fuera del presente estudio los supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual relacionados con los derechos de propiedad intelectual, y ello en virtud de la no inclusión de los servicios prestados por vía electrónica audiovisuales en la esfera de aplicación del Reglamento 2018/302, y por la exclusión de los servicios que se prestan por vía electrónica cuya característica principal sea proporcionar acceso a obras protegidas por derecho de autor de la prohibición prevista en el art. 4.1.b).

cuenta de que su base específica no se encuentra en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil (artículo 81 TFUE), sino en el 114 TFUE, que confiere a la Unión la competencia para adoptar medidas para la supresión de determinadas barreras al funcionamiento del mercado interior. Sin embargo, pese a no formar parte del Derecho de la UE relativo a la cooperación judicial en materia civil, el Reglamento 2018/302 incide en la interpretación del concepto de “determinación de la actividad del comerciante hacia el Estado miembro del domicilio del consumidor”, que recogen los foros de protección de los arts. 17 a 19 del RBI bis y la norma de conflicto del art. 6 del RRI, al establecer su art. 1.6 que del mero hecho de que un comerciante cumpla con las obligaciones previstas en él no debe derivarse que dirige sus actividades al Estado miembro del consumidor. Como trataré de demostrar, esta precisión no se compadece con el estado actual de la jurisprudencia del TJUE sobre la noción “determinación de la actividad dirigida”, a menos que reciba una interpretación adaptada a los objetivos de la nueva norma europea.

II. EL REGLAMENTO 2018/302: OBJETIVOS Y CARÁCTER DE *LEX SPECIALIS*

3. El Reglamento 2018/302 tiene el carácter de *lex specialis*, en la medida en que tiene por objeto clarificar la norma genérica prevista en el art. 20.2 de la Directiva 2006/123, mediante la definición de determinadas situaciones en las que no puede justificarse un trato diferente por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento en virtud de dicha disposición¹¹; es decir, se encarga de desarrollar ciertas situaciones en las que se prohíbe específicamente la discriminación a los clientes con motivo de la nacionalidad y la residencia, sin que quepa ninguna razón objetiva que justifique una diferencia de trato. No en vano, de conformidad con su art. 1.7, las consecuencias de la especialidad del Reglamento 2018/302 son la preferencia de su regulación frente a la genérica del art. 20 de la Directiva 2006/302 y la supletoriedad de esta última para las situaciones no contempladas en la primera: “*El artículo 20, apartado 2, de la Directiva 2006/123/CE se aplicará en la medida en que el presente Reglamento no establezca disposiciones más concretas*”. En efecto, como norma especial, las disposiciones del Reglamento 2018/302 desplazan a la disposición genérica del art. 20.2 de la Directiva 2006/123 cuando se trate de alguna de las situaciones comprendidas en su esfera de aplicación, en las que las diferencias de trato no pueden justificarse de forma objetiva¹². En este contexto particular, el Reglamento 2018/302 contempla, de un lado,

¹¹ Véase el art. 1.1 y el considerando 24.

¹² Ahondando un poco más, el Reglamento 2018/302 forma parte de una suerte de sistema europeo de represión de las prácticas discriminatorias en las transacciones transfronterizas dentro de la Unión. Este nuevo sistema lo forman, de un lado, el artículo 20.2 de la Directiva 2006/123 y el Reglamento 2018/303, consagrando un enfoque horizontal para cumplir con este objetivo; y, de otro, la existencia de normas europeas con un enfoque vertical, en sectores excluidos de las dos primeras, prohibiendo la discriminación ejercitada, entre otras formas, mediante la denegación de acceso a sitios web o la redirección por razones vinculadas a la residencia. Entre los sectores que cuentan con una regulación específica de este aspecto, destacan los servicios de transporte, la distribución minorista de servicios financieros y los servicios audiovisuales. Por ejemplo, previendo que la discriminación puede producirse en los servicios de transporte

distintas formas injustificadas de bloqueo geográfico con las que los comerciantes bloquean el acceso a interfaces en líneas concretas o redirigen a los clientes a un interfaz en línea diferente sin su consentimiento expreso (art. 3). De otro lado, en su art. 4, contempla tres situaciones de discriminación de los clientes mediante la aplicación de condiciones generales de acceso, entre ellas el rechazo absoluto a la venta de productos o a la prestación de servicios por motivos relacionados con la nacionalidad, la residencia o el lugar de establecimiento. La primera situación tiene por objeto la venta de bienes materiales cuando el comerciante no interviene en la entrega del producto en el Estado miembro del cliente. La segunda situación tiene por objeto la prestación de servicios por vía electrónica distintos de aquellos cuya característica principal sea el suministro de acceso a obras protegidas por derechos de autor o a otras prestaciones protegidas y la utilización de esas obras y prestaciones. La tercera situación se aplica a los servicios prestados por el comerciante en un Estado miembro diferente del Estado miembro de residencia del cliente. Por último, contempla las discriminaciones por razones relacionadas con el pago (art. 5) y en los acuerdos que restringen la competencia en las ventas pasivas (art. 6). Análogamente, de conformidad con el carácter especial del Reglamento 2018/302, el art. 20.2 de la Directiva 2006/123 se aplicará a las situaciones excluidas de su esfera de eficacia. Por ello, cuando el art. 4.1.b) excluye los servicios por vía electrónica cuya característica principal sea proporcionar acceso a obras protegidas por derechos de autor o a otras prestaciones protegidas, no significa que los titulares de estos derechos quedan desvinculados de la obligación de no discriminación, pues el art. 20.2 de la Directiva 2006/123 resultaría de aplicación de tener estos los derechos necesarios para los territorios de que se trate. En estas circunstancias, por ejemplo, un profesional que hubiera adquirido los derechos pertinentes para la prestación de servicios de descarga de música en varios Estados miembros, no debería restringir el acceso al servicio a los consumidores de estos Estados aplicándoles condiciones generales diferentes. La restricción territorial del servicio a los consumidores de estos Estados miembros sólo podría tener lugar por factores objetivos, no relacionados con el derecho de autor, que justifiquen una diferencia de trato.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL, MATERIAL Y TERRITORIAL

4. El Reglamento 2018/302 resulta aplicable *ratione personae* a las prácticas discriminatorias de los comerciantes que restrinjan o limiten el acceso de los clientes a los productos y servicios. En este contexto particular, el art. 2.18 entiende por comerciante 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. Por lo que respecta a la definición de cliente, el

a las ventas de billetes para el transporte de viajeros, el Reglamento (CE) núm. 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, el Reglamento (UE) núm. 1177/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) núm. 181/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, prohíben en gran medida todas las prácticas discriminatorias que aborda el Reglamento 2018/302.

art. 2.13 incluye no sólo a los consumidores¹³, sino también a las empresas en calidad de usuarios finales en el marco de las condiciones generales de acceso a productos y servicios: “*Un consumidor que sea nacional de un Estado miembro o que tenga su lugar de residencia en un Estado miembro, o una empresa 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*”. El texto final recoge la misma solución prevista en la Propuesta de Reglamento, y ello, a pesar, de la posición de la Ponente del Informe del Parlamento Europeo¹⁴, que, aras de la proporcionalidad, propuso limitar el ámbito de aplicación solo a los consumidores, con una excepción importante, a saber, que en caso de contratos de doble finalidad con una actividad comercial limitada, dicha persona deberá ser considerada también como consumidor. Sin embargo, durante el examen de la Propuesta, el Consejo y el Parlamento Europeo acordaron no limitar la aplicación a los consumidores, y extenderlo también a las empresas cuando realizan transacciones comerciales en tanto que usuarios finales y no para la reventa. Como recoge el considerando 16, las microempresas y las pymes, a menudo se encuentran en una posición similar a la de los consumidores cuando actúen como clientes a efectos del Reglamento, debiendo quedar protegidos de la discriminación por motivos relacionados con la nacionalidad, el lugar de residencia o el lugar de establecimiento. Esta protección, en cambio, no la extiende a los clientes que compran un bien o un servicio para la reventa, ya que ello afectaría a sistemas de distribución muy utilizados entre empresas en un contexto de empresa a empresa, como la distribución selectiva y exclusiva, que generalmente permite que los fabricantes seleccionen a sus minoristas, siempre que se cumplan las normas de competencia.

En consecuencia, el ámbito de aplicación personal del Reglamento 2018/302 coincide con el del art. 20.2 de la Directiva 2006/123, habida cuenta de que esta se aplica a los prestadores de servicios, es decir, a tenor de su art. 4.2, a cualquier persona física con la nacionalidad de un Estado miembro, o a cualquier persona jurídica de las contempladas en el art. 54 del TFUE y establecida en un Estado miembro, que ofrezca o preste un servicio, y a los destinatarios de servicios¹⁵, que de conformidad con la definición prevista en el art. 4.3, alcanza a los consumidores y las empresas, en tanto que usuarios finales y no para la reventa. La única diferencia estriba en su alcance *ratione territorii*. La obligación de no discriminación prevista en el art. 20.2 de la Directiva 2006/123 vincula solamente a los comerciantes establecidos en un Estado miembro, pues el objetivo de esta Directiva es crear un marco jurídico que garantice la libertad de establecimiento y de circulación de servicios entre Estados miembros. En cambio, las prohibiciones previstas en el Reglamento 2018/302 limitan su esfera espacial de aplicación a todas las situaciones en las que resulta afectado el mercado interior. Ello implica que la norma europea excluye las situaciones puramente internas de un Estado miembro, en las que todos los elementos

¹³ Art. 2.12) Reglamento 2018/302: “*toda persona física que actúe con fines ajenos a su actividad comercial, negocio, oficio o profesión*”.

¹⁴ Informe de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor y las opiniones de la Comisión de Asuntos Jurídicos, de la Comisión de Industria, Investigación y Energía y de la Comisión de Cultura y Educación, ponente Róza Gräfin von Thun und Hohenstein (A8-0172/2017), p. 59.

¹⁵ En relación con el destinatario de servicios como beneficiario de la libertad de prestación de servicios, véanse la Sent. TJUE, 31 de enero de 1984, as. ac. C-286/22 y 26/83 *Luisi y Carbone*, apdos. 10 y 16; la Sent. TJUE, 2 de febrero de 1989, as. C-186/87 *Cowan*, apdo. 15; y las Conclusiones del Abogado General Otto Lenz, presentadas el 6 de diciembre de 1988, as. C-186/87 *Cowan*, apdos. 11, 17 y 20.

pertinentes de la transacción se circunscriban a un único Estado miembro, y que, en cambio, resulte aplicable a todos los comerciantes, incluidos los establecidos en terceros Estados, que orienten sus actividades al mercado europeo. La razón de la extensión a los comerciantes de terceros Estados es garantizar que los comerciantes competidores en el mercado europeo estén sujetos a los mismos requisitos, lo que llevará la aplicación del Reglamento en las siguientes situaciones¹⁶: primera, cuando el comerciante establecido en la UE o en un tercer Estado venda bienes o preste servicios, o pretende hacerlo, en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que el cliente tiene el lugar de residencia o el lugar de establecimiento; segunda, cuando el comerciante establecido en la UE o en un tercer Estado vende bienes o presta servicios, o pretenda hacerlo, en el mismo Estado miembro en el que el cliente tiene el lugar de residencia o el lugar de establecimiento; y tercera, cuando el comerciante establecido en la UE o en un tercer Estado vende bienes o presta servicios, o pretenda hacerlo, en un Estado miembro en el que el cliente se encuentra temporalmente sin residir ni tener el lugar de establecimiento en ese Estado miembro.

Para finalizar, el Reglamento 2018/302 ajusta su alcance *ratione materiae* al de la Directiva 2006/123, y todo ello con el objeto de garantizar la coherencia y la máxima seguridad jurídica para los comerciantes y los clientes -art. 1.3: “*El presente Reglamento no se aplica a las actividades mencionadas en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 2006/123/CE*”. Esto significa, entre otras cosas, que el Reglamento 2018/302 debe aplicarse a los servicios prestados por vía electrónica no audiovisuales cuya característica principal sea el suministro de acceso a obras protegidas por derechos de autor o a otras prestaciones protegidas y la utilización de esas obras o prestaciones, sin perjuicio, no obstante, de la exclusión concreta prevista en el art. 4 y la posterior evaluación de dicha exclusión con arreglo al art. 9. Además, el hecho de que el ámbito material de aplicación del Reglamento 2018/302 se corresponda con el de la Directiva 2006/123, supone la exclusión de los servicios de interés general no económicos, los servicios de transporte, los servicios financieros al por menor, incluidos los servicios de pago, los servicios audiovisuales, las actividades de juego, los servicios sanitarios, los servicios de seguridad privada y algunos servicios sociales. El numeral 17 del art. 2 del Reglamento 2018/302, transcribiendo el art. 4.1 de la Directiva 2006/123, define la noción de “servicio” en sintonía con lo previsto en el art. 57 TFUE, es decir, como cualquier actividad económica por cuenta propia prestada normalmente a cambio de una remuneración. La ausencia de la definición de la noción de remuneración en el Reglamento 2018/302, como ocurre también en la Directiva 2006/123 y en el TFUE, procede integrarla con arreglo a la jurisprudencia del TJUE, considerando

¹⁶ Todo ello con independencia de que, en las actividades de servicio, la prestación se realice fuera del territorio europeo. En este mismo sentido, afirmando el alcance territorial del principio de no discriminación, dentro del proceso de integración negativa, a actividades ejercidas fuera de la UE, siempre que la situación guarde una relación suficientemente estrecha con el territorio europeo, GARDEÑES SANTIAGO, M., “La imperatividad internacional del principio comunitario de no discriminación por razón de la nacionalidad”, *RIE*, vol. 23, 1996, pp. 863-877, esp. pp. 867-870. Con una opinión distinta, circunscribiendo el ámbito de aplicación de la libre circulación de las personas al interior del territorio europeo, véase FALLON, M., “Le domaine spatial d’un code européen de droit international privé. Emergence et modalités de règles de caractère universel”, en FALLON, M., LAGARDE, P., y POILLOT-PERUZZETTO, S. (Dir.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, Bruselas, P.I.E. Peter Lang, 2011, pp. 137-184, esp. p. 156.

que su característica esencial reside en el hecho de que constituye la contrapartida económica de la prestación que se discute¹⁷.

IV. PRÁCTICAS DISCRIMINATORIAS PROHIBIDAS

5. Una vez visto el ámbito de aplicación del Reglamento 2018/302, a continuación, procederemos a analizar la caracterización de las prácticas discriminatorias injustificadas a las que se aplica.

1. Discriminaciones directas e indirectas

6. El Reglamento 2018/302, igual que el art. 20.2 de la Directiva 2006/123, hace frente tanto a la discriminación directa como a la indirecta. La primera se produce cuando una práctica aplica un criterio de distinción prohibido, como es la nacionalidad, la residencia o el lugar de establecimiento, ofreciendo un trato diferente a situaciones idénticas, o un tratamiento similar a situaciones diferentes. Sin embargo, las diferencias de trato no siempre se establecen directamente con base en la nacionalidad o la residencia, sino de manera indirecta mediante factores sustitutivos que pueden producir efectos discriminatorios equivalentes. Estos criterios pueden aplicarse, en particular, basándose en información que indique la ubicación física de los clientes, que se asemejan a la residencia o el lugar de establecimiento, como la dirección IP utilizada al acceder a una interfaz en línea¹⁸, la dirección facilitada para la entrega de mercancías, la elección del

¹⁷ Sent. TJUE, de 22 de mayo de 2003, as. C-355/00 *Freskot*, apdo. 35. La contrapartida económica se define entre el prestador y el destinatario del servicio (Sent. TJUE, de 27 de septiembre de 1988, as. C-263/86 *Humbel*, apdo. 17; y Sent. TJUE, de 7 de diciembre de 1993, as. C-109/92 *Wirth*, apdo. 15), precisando igualmente que las actividades desarrolladas deben ser reales y efectivas (Sent. TJUE, de 23 de marzo de 1982, as. C-53/81 *Levin*, apdo. 17; Sent. TJUE, de 5 de octubre de 1988, as. C-196/87 *Steymann*, apdo. 13; Sent. TJUE, de 11 de abril de 2000, as. ac. C-51/96 y C-191/97 *Delière*, apdo. 54).

¹⁸ Como se recoge en el Documento de trabajo de la Comisión con vistas a establecer unas notas de orientación sobre la aplicación del artículo 20, apartado 2 de la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior”, [COM (2012) 261 final], este factor de diferenciación, propio de la contratación *on line*, conduce al mismo resultado que el criterio de la residencia o el lugar de establecimiento, habida cuenta de que los comerciantes utilizan, a menudo, herramientas de geolocalización automática, que identifican la ubicación del ordenador o el aparato utilizado por el cliente para acceder al servicio en línea. Una manera común de geolocalizar al destinatario es la búsqueda mediante IP utilizando la base de datos *whois*. El resultado de esta técnica puede variar. A veces se bloquea técnicamente el acceso de los destinatarios a dominios dirigidos a otros Estados miembros. Otras veces se reorienta automáticamente a los destinatarios a los nombres de dominio de otros Estados miembros, pero pueden eludir la reorientación manualmente. La geolocalización puede utilizarse también de otras maneras, por ejemplo, seleccionando automáticamente el país de residencia en la lista de un menú desplegable, basado en la dirección IP. Otro ejemplo es el de las páginas web específicas por países que adaptan su lengua y su diseño a los diferentes públicos destinatarios y que pueden o no presentar diferentes términos y condiciones. Cuando una empresa tiene filiales o sucursales en varios Estados miembros, puede haber páginas web específicas para cada país gestionadas individualmente por cada una de estas filiales o sucursales, que prestará los servicios correspondientes a los pedidos realizados en la página web de su respectivo país. Acceder a la página web específica de un país no implica automáticamente que se considere a los usuarios residentes en ese país ni que tengan la posibilidad de acceder a los precios, los productos y los servicios ofrecidos en la página web. Es posible que los destinatarios logren acceder a la información pero después

idioma o del Estado miembro de emisión del instrumento de pago del cliente. El factor determinante en este tipo de discriminaciones es el resultado perjudicial ocasionado a los clientes no residentes de otros Estados miembros.

Sentado lo anterior, la determinación de la existencia de discriminación, sea directa o indirecta, requiere que los destinatarios a los que se aplica esa diferencia de trato se encuentren en situaciones comparables, y que no existan justificaciones objetivas para ese trato diferente¹⁹. Así lo ha venido manteniendo el TJUE en el marco de la libre circulación de servicios, y en esos mismos términos se consagra en el art. 20.2 de la Directiva 2006/123, estableciendo la obligación a los prestadores de servicios establecidos en la UE de no tratar de manera diferente a los destinatarios de los servicios por razón de su nacionalidad o de su lugar de residencia, a menos que existan razones objetivas que justifiquen las diferencias en la forma en que los comerciantes tratan a los clientes. La labor del TJUE en el ámbito del proceso de integración negativa arroja una luz en este punto, habida cuenta de que permite inferir una diferencia importante entre la discriminación por razón de la nacionalidad y por motivo de la residencia. Mientras que la primera jamás puede justificarse²⁰, la segunda es admisible de encontrar una justificación objetiva y proporcionada. En efecto, como ha precisado el TJUE en el proceso de integración negativa, las discriminaciones basadas en la nacionalidad sólo resultarían compatibles con el Derecho europeo de poder ampararse en una disposición expresa que, como el actual art. 52 TFUE, al que se remite el art. 62 TFUE, establezca excepciones por razones justificadas o imperiosas de interés general. Sin embargo, de conformidad con la jurisprudencia del TJUE²¹, los motivos de carácter económico no constituyen razones de orden público en el sentido del art. 52 TFUE capaces de justificar una restricción a una libertad fundamental garantizada por el TFUE²². Cuestión distinta es lo que acontece con las discriminaciones basadas en la residencia, u otros criterios que se le asemejen, en la medida en que dicho trato discriminatorio sólo puede justificarse si se basa en consideraciones objetivas independientes de la nacionalidad de las personas afectadas y es proporcionada al objetivo legítimamente perseguido²³. La clave está entonces en describir y explicar cuándo las diferencias de trato pueden estar o no justificadas; cuándo se pueden establecer directamente sobre la base de la residencia o indirectamente sobre la base de factores sustitutivos que pueden ser en última instancia equivalentes a la residencia.

se les deniegue mediante el uso de técnicas de autoidentificación la posibilidad de adquirir servicios -por ejemplo, en el momento de introducir los datos de la tarjeta de crédito o la dirección de entrega-

¹⁹ GARRONE, P. “La discrimination indirecte en droit communautaire: vers une théorie générale”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, núm. 3, 1994, pp. 425-448, esp. p. 426.

²⁰ Véase, a este respecto, GARDEÑES SANTIAGO, M., “La imperatividad internacional...”, *loc. cit.*, p. 865.

²¹ Véase la Sent. TJUE, de 14 de noviembre de 1995, as. C-484/93 *Svensson*, apdo. 15; Sent. TJUE, de 16 de enero de 2003, as. C-388/01 *Comisión c. Italia*, apdos. 19 y 20.

²² Véase la Sent. TJUE, de 6 de junio de 2000, as. C-35/98 *Verkooijen*, apdo. 48; y la Sent. TJUE, de 1 de octubre de 2009, as. C-103/08 *Gottwald*, apdo. 30.

²³ Véase la Sent. TJUE, de 11 de julio de 2002, as. C-224/98 *D’Hoop*, apdo. 36; Sent. TJUE, de 2 de octubre de 2003, as. C-148/02 *García Avello*, apdo. 31; Sent. TJUE, de 15 de marzo de 2005, as. C-209/03 *Bidar*, apdo. 54.

2. Discriminaciones injustificadas

7. Partiendo de la imposibilidad de encontrar razones objetivas que justifiquen diferencias de trato por razón de la nacionalidad, el objetivo del Reglamento 2018/302 no es otro, como se ha indicado, que aportar claridad y seguridad jurídica a cuantos participan en las transacciones transfronterizas frente a la incertidumbre de la cláusula general del art. 20.2 de la Directiva 2006/123, determinando las situaciones en que no puede haber ninguna justificación para un trato diferenciado por motivos geográficos relacionados con la residencia o el lugar de establecimiento. Por esta razón, el Consejo y el Parlamento Europeo acordaron modificar el título del Reglamento para añadir el calificativo “injustificado”²⁴.

A) RESTRICCIONES DE ACCESO A INTERFACES EN LÍNEA

8. La primera prohibición de discriminación injustificada se refiere al bloqueo geográfico. De acuerdo con el art. 3 del Reglamento 2018/302, los comerciantes no podrán bloquear o limitar el acceso de los clientes a sus interfaces en línea²⁵, 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. Tampoco podrán, por estos motivos, redirigir a los clientes de una versión de la interfaz en línea a otra versión sin su consentimiento expreso. Esta prohibición evita la técnica de los comerciantes, cuando adaptan las páginas web a los diferentes países a los que dirigen su actividad comercial, consistente en el redireccionamiento no consentido del usuario final a la página web del lugar de su residencia, basándose en la dirección IP. En tales casos, cuando los comerciantes dirigen sus actividades a números Estado miembros y los usuarios finales en cada uno de estos Estados miembros tienen completamente vedado el acceso a la información sobre las condiciones de acceso que se ofrecen a los destinatarios residentes en otros Estados miembros, es un indicador claro de que se está aplicando un trato dispar no justificado. Los únicos supuestos en los que se considera que el trato dispar está justificado objetivamente pueden deberse, o bien porque el cliente ha dado su consentimiento expreso a tal redirección, en cuyo caso dicho consentimiento expreso debe considerarse válido para todas las visitas posteriores del mismo cliente a la misma interfaz en línea, y ha de existir la posibilidad para el cliente de retirar dicho consentimiento en todo momento (art. 3.2); o bien porque el bloqueo o la limitación de acceso o la redirección vienen impuestos por ley: “*sean necesarios para garantizar el cumplimiento de un requisito legal del Derecho de la Unión, o de la legislación de un Estado miembro de conformidad con el Derecho de la Unión, al que las actividades del comerciante estén sujetas*”. El apartado segundo del art. 3.3 exige, en estos casos

²⁴ Véase la Opinión de la Comisión de Industria, Investigación y Energía para la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor, Ponente Eva Kaili (A8-0172/2017), p. 104.

²⁵ Un ejemplo de delimitación de la actividad dentro del mercado interior lo representa una cláusula de este tipo: “*El sitio web www.xxxxxx.com opera exclusivamente en los siguientes territorios (en adelante el "Territorio")*: Territorio de España comprendidos en la Península Ibérica y las Islas Baleares. Territorio de Portugal (excluido islas). Territorio de Francia Continental, (excluidos los departamentos de ultramar). Territorio de Bélgica. Territorio de Países Bajos. Territorio de Italia (excepto San Marino, Libigno, Campione y Aguas Italianas del Lago Lugano)”.

excepcionales, que el comerciante debe proporcionar una justificación clara en la lengua de la interfaz en línea a la que el cliente hubiese tratado de acceder inicialmente.

B) RESTRICCIONES DE ACCESO A PRODUCTOS Y SERVICIOS

9. El segundo de tipo de prohibiciones discriminatorias injustificadas se refiere al acceso a los productos y servicios. Como ya se ha adelantado, el art. 4.1 establece tres situaciones concretas en las que se prohíbe, en relación con el acceso a productos y servicios, la discriminación de los clientes por razón de la residencia o el lugar de establecimiento mediante la aplicación de condiciones generales de acceso diferentes²⁶. “La primera situación” tiene por objeto la venta de bienes materiales. De conformidad con la letra a) de la citada disposición, un comerciante no aplicará condiciones generales de acceso diferentes a sus productos por motivos relacionados con la nacionalidad o con el lugar de residencia o de establecimiento del cliente, cuando el cliente tenga intención de comprarlos, en cuyo caso la norma obliga al comerciante a dar la posibilidad al cliente de adquirir el producto en las mismas condiciones que para quienes sean residentes en el Estado miembro en el que se efectúa la entrega o tenga lugar la recogida del producto. Como indica el considerando 23, ello podría suponer que los clientes de otros Estados miembros tengan que recoger los productos en ese Estado miembro o en un Estado miembro diferente de aquel en el que el comerciante realice las entregas, o a organizar, por sus propios medios, la entrega transfronteriza de los productos. Si bien, nada impide que la entrega corra finalmente a cargo del comerciante repercutiéndolo en el precio final del producto, en cuyo caso estarían justificadas las diferencias de precio para la misma transacción comercial. La “segunda situación” tiene por objeto la prestación de servicios por vía electrónica distintos de aquellos cuya característica principal sea el suministro de acceso a obras protegidas por derechos de autor o a otras prestaciones protegidas y la utilización de esas obras y prestaciones²⁷, como los libros electrónicos, la música en

²⁶ De conformidad con el art. 2.14 Reglamento 2018/302, se entenderá por condiciones generales de acceso: “todas las condiciones y otros datos, como los precios netos de venta, que regulen el acceso de los clientes a los productos o servicios ofrecidos a la venta por un comerciante, que se establezcan, se apliquen y se pongan a disposición del público en general por parte del comerciante o en su nombre y que se apliquen a falta de un acuerdo negociado individualmente entre el comerciante y el cliente”. Como indica el Documento de trabajo de la Comisión con vistas a establecer unas notas de orientación sobre la aplicación del artículo 20, apartado 2 de la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior”, [COM (2012) 261 final], las cláusulas negociadas de manera individual que puedan regular las relaciones comerciales entre dos o más comerciantes no forman parte de las condiciones generales de acceso a un servicio que el prestador ponga a disposición del público. Las cláusulas a medida negociadas con un destinatario de un servicio concreto suelen basarse en características específicas de ese destinatario, tales como su historial de cliente con el prestador del servicio, su capacidad de pago o sus demandas especiales, y no están incluidas en el ámbito de aplicación del art. 20.2 Directiva 2006/123. Por ejemplo, los descuentos ventajosos concedidos por un distribuidor de mercancías al por mayor a uno de sus clientes en atención a las cantidades compradas por ese cliente concreto al comerciante no se considerarían condiciones generales de acceso puestas a disposición del público y, por lo tanto, tampoco se considerarían trato diferente a efectos del art. 20.2 Directiva 2006/123.

²⁷ No obstante, como establece el art. 9.2 y el considerando 37, está previsto que la primera evaluación del Reglamento sea la de valorar la ampliación de la prohibición a los servicios prestados por vía electrónica cuya característica principal sea proporcionar acceso a obras protegidas por derecho de autor o a otras prestaciones protegidas.

streaming y los juegos o *software*. Conforme a la letra b) del art. 4.1, un comerciante no aplicará condiciones generales de acceso diferentes a sus servicios por motivos relacionados con la nacionalidad o con el lugar de residencia o de establecimiento del cliente, cuando el cliente tenga intención de recibir de aquél servicios que se prestan por vía electrónica, distintos de los anteriormente señalados. Como indica el considerando 24, esta prohibición incluye, por ejemplo, los servicios de 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. La “tercera situación” se refiere a servicios prestados por el comerciante en un Estado miembro diferente del Estado miembro de residencia del cliente. En este sentido, el art. 4.1.c) dispone que un comerciante no aplicará condiciones generales de acceso diferentes a sus servicios por motivos relacionados con la nacionalidad o con el lugar de residencia o de establecimiento del cliente, cuando este último haya de recibir dichos servicios en un lugar físico en el territorio del Estado miembro en el que el comerciante ejerza su actividad. Como indica el considerando 25, estas situaciones tienen por objeto la prestación de servicios, distintos de los servicios prestados por vía electrónica, como el alojamiento en hoteles, los acontecimientos deportivos, el alquiler de vehículos y las entradas para festivales de música o parques de atracciones.

Como dato común a las situaciones descritas, el art. 4.2 termina indicando que la prohibición de no discriminación no impedirá que los comerciantes puedan ofrecer productos o servicios en diferentes Estados miembros o dentro de un mismo Estado miembro, a determinados grupos de clientes, mediante ofertas específicas y condiciones generales de acceso diferentes, incluyendo la creación de interfaces en línea adaptadas a diferentes países, siempre que éstas no estén definidas en base a la nacionalidad, la residencia o el lugar de establecimiento. En otras palabras, un comerciante puede ofrecer precios diferentes en distintos portales de Internet, a condición de que un cliente, que acceda a la misma desde otro Estado miembro, pueda comprar el producto en las mismas condiciones que lo haría un consumidor local. En la misma dirección el art. 4.5 dispone que la prohibición de no discriminación no se aplicará en la medida en que una disposición específica establecida en el Derecho de la Unión, o en la legislación de los Estados miembros de conformidad con el Derecho de la Unión, impida que el comerciante venda productos o preste servicios a clientes situados en determinados territorios. El segundo párrafo del art. 1.5 apunta en esta misma dirección con respecto a las ventas de libro, al señalar que “*la prohibición establecida en el apartado 1 no impedirá que los comerciantes apliquen precios diferentes a clientes en determinados territorios en la medida en que estén obligados a hacerlo en virtud de la legislación de los Estados miembros de conformidad con el Derecho de la Unión*”. En cualquier caso, como establece el art. 4.3, la mera observancia de las prohibiciones de no discriminación, anteriormente vistas, 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 (como, por ejemplo, el etiquetado o la seguridad de los productos), o de que informe a los clientes sobre esos requisitos.

C) DISCRIMINACIONES EN LOS MEDIOS DE PAGO Y EN LOS ACUERDOS DE VENTAS PASIVAS

10. El Reglamento 2018/302 deja libertad a los comerciantes para decidir los medios de pago que aceptan en relación con los clientes locales y extranjeros, si bien, una vez hecha la elección, el art. 5.1 establece que no podrán aplicar diferentes condiciones de pago por razón de la residencia o del lugar de establecimiento del cliente en la UE. En este mismo sentido el considerando 32 añade que la diferencia de trato injustificada por motivos relacionados con la ubicación de la cuenta de pago, con el lugar de establecimiento del proveedor del servicio de pago o con el lugar de emisión del instrumento de pago en la Unión, está también expresamente prohibida. No obstante, el precepto contempla dos casos justificados por razones objetivas que permiten al comerciante, por un lado, aplazar la entrega de los productos o la prestación del servicio hasta tener la constancia de que la operación de pago se inició correctamente, y, por otro, a imponer recargos por el uso de un instrumento de pago siempre que no sean superiores a los costes soportados por el comerciante por el uso de los mismos. Por otra parte, tras señalar que no afectará a la aplicación de la normativa sobre competencia (en particular los arts. 101 y 102 del TFUE), el art. 6 del Reglamento 2018/302 prohíbe y declara nulos de pleno derecho los acuerdos de venta pasivas no cubiertos por la prohibición del art. 101.1 del TFUE, que impongan obligaciones a los comerciantes de actuar infringiendo las prohibiciones establecidas en los arts. 3, 4 y 5 del Reglamento, relativas al acceso a las interfaces en línea, al acceso a productos o servicios y a los medios de pago. Como ejemplo de este tipo de acuerdos, el considerando 34 menciona a las 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.

V. INCIDENCIA SOBRE LAS NORMAS EUROPEAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

11. El art. 1.6 del Reglamento 2018/302 dispone que la aplicación de las prohibiciones, anteriormente vistas, se entiende sin perjuicio de las normas de DIPr de la UE, por lo que el incumplimiento de las medidas que venimos de ver puede ser la fuente de distintos supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual del comerciante infractor. Ahora bien, interesa antes reseñar que el citado precepto se ocupa de la relación con las normas europeas de DIPr (*ex art. 81 TFUE*) con un tenor confuso, a la par que contradictorio, en la medida en que comienza señalando que sus disposiciones no deben afectar al Derecho de la Unión relativo a la cooperación judicial en materia civil, para añadir a continuación que del cumplimiento de las normas del Reglamento no se derivará que un comerciante dirige sus actividades al Estado miembro de domicilio o de residencia habitual del consumidor en el sentido del art. 17 RBI bis y del art. 6 RRI: *“El presente Reglamento debe entenderse 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 (CE) n.º 593/2008 y del artículo 17, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) n.º 1215/2012”.

1. Impacto del Reglamento 2018/302 sobre el concepto actividad dirigida al Estado del domicilio del consumidor

12. En efecto, pese a que el objetivo del Reglamento 2018/302 no era fijar normas adicionales de DIPr relativas a la competencia judicial internacional y la ley aplicable, lo cierto es que interfiere en la interpretación y la aplicación de las soluciones conflictuales de protección al consumidor contenidas en el RBI bis y en el RRI, elevando el cumplimiento de las prohibiciones previstas en él en un requisito o criterio determinante para que el juez nacional considere que la actividad del comerciante no está orientada hacia el Estado miembro del domicilio del consumidor. Como señala, a este respecto, el art. 1.6 *in fine*: “*En particular, cuando un comerciante, que actúa de conformidad con los artículos 3, 4 y 5 del presente Reglamento, no bloquea ni limita el acceso de los consumidores a su interfaz en línea, no redirige a los consumidores a una versión de su interfaz en línea basada en la nacionalidad o lugar de residencia de los mismos diferente de la interfaz en línea a la que hubiesen tratado de acceder inicialmente, no aplica condiciones generales de acceso diferentes al vender productos o prestar servicios en los supuestos previstos en el presente Reglamento, o acepta instrumentos de pago emitidos en otro Estado miembro de manera no discriminatoria, no se considerará, únicamente por esos motivos, que dicho comerciante dirige sus actividades al Estado miembro en que el consumidor tiene su domicilio o residencia habitual. Tampoco se considerará, únicamente por dichos motivos, que el comerciante facilita información y asistencia al consumidor tras la celebración del contrato conforme a las obligaciones que le incumben en virtud del presente Reglamento”.*

Junto al hecho más que cuestionable de que una norma adoptada en el marco de la política del mercado interior modifique la aplicación de normas adoptadas en el marco de la cooperación judicial en materia civil²⁸, ha de destacarse la posible fricción entre el tenor de la citada disposición con los resultados de la actual jurisprudencia del TJUE relativa al concepto de dirección de las actividades del profesional hacia el Estado miembro del domicilio del consumidor²⁹, y ello desde el doble plano tanto de los requisitos que, a juicio

²⁸ Véase en un sentido crítico DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “El nuevo Reglamento de la Unión Europea bloqueo geográfico y otras formas de discriminación”, *La Ley. Unión Europea*, núm. 59, 31 de mayo de 2018, pp. 1-7, esp. p., 6, poniendo en cuestión la idea de que el Reglamento 2018/302 establezca, potencialmente en perjuicio de los consumidores, qué es o no relevante a efectos de la interpretación de los arts. 17.1.c) RBI bis y 6.1 RRI.

²⁹ Véanse las Sent. TJUE, de 7 de diciembre de 2010, as. ac. C-585/08 *Pammer* y C-144/09 *Hotel Alpenhof*; Sent. TJUE, de 6 de septiembre de 2012, as. C-190/11 *Mühlleitner*; Sent. TJUE, de 17 de octubre de 2013 as. C-218/12 *Emrek*; Sent. TJUE, de 23 de diciembre de 2015, as. C-297/14 *Hobohm*. En relación con el concepto en cuestión y la jurisprudencia europea, véase, entre otros, CASTELLANOS RUIZ, E., “El concepto de actividad profesional dirigida al Estado miembro del consumidor: *stream of commerce*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, núm. 2, 2012, pp. 70-92; CORDERO ÁLVAREZ, C.I., “La contratación entre consumidores de la UE y empresas de terceros Estados: evolución del DIPr europeo”, en J.-S. Bergé, S. Francq, M. Gardeñes Santiago (eds.), *Boundaries of European Private International Law/Les frontières du droit international privé européen/Las fronteras del derecho internacional privado*

del Alto Tribunal, permiten la activación de los arts. 17-19 RBI bis y del art. 6 RRI, como de los criterios subjetivos y objetivos capaces de suministrar indicios suficientes para que el juez considere si resulta de aplicación el régimen diseñado para tutelar la posición de los consumidores a nivel de competencia judicial internacional y de ley aplicable. En este contexto conviene recordar que los dos únicos requisitos que el TJUE ha declarado imprescindibles para que el consumidor se beneficie del régimen específico de protección previsto en los citados preceptos (es decir, para que reciba la calificación de consumidor “pasivo”) son, por un lado, que el comerciante ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o que, por cualquier medio, dirija tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y, por otro, que el contrato controvertido esté comprendido en el marco de dichas actividades. Por lo que se refiere al primero, el que interesa aquí, el TJUE ha declarado que la única conducta relevante, a los efectos de activar o no las normas europeas de DIPr sobre consumidores, es la del comerciante. Asimismo, el TJUE ha descartado la interpretación del requisito esencial relativo a la actividad del comerciante a través de criterios basados exclusivamente en la búsqueda de la voluntad subjetiva del comerciante, optando para ello por formular una serie no exhaustiva de criterios objetivos capaces de suministrar indicios suficientes que pueden ayudar a un tribunal nacional a apreciar si la actividad comercial esté dirigida *de facto* al Estado miembro del domicilio del consumidor. En todo caso, ha declarado que el mero hecho del acceso a la página del profesional desde el Estado miembro del consumidor no es suficiente para afirmar la voluntad del profesional de dirigir su actividad al mercado del consumidor, siendo preciso, para ello, que concurra algún indicio más que permita confirmar esto último³⁰.

européo, Bruylant/Larcier, 2015, pp. 347-365; ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., “Competencia judicial internacional en materia de contratos celebrados con consumidores internautas. (Comentario a la STJUE de 7 de diciembre de 2010, As. C-585/08 y C-144/09)”, *Noticias UE*, núm. 329 (2012), pp. 181-188; *Abogacía Internacional. Vol. II: La protección de los consumidores*, Madrid, Rasche, 2015, pp. 204-215; 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; DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “La tutela de los consumidores en el mercado global: evolución del marco normativo”, *Estudios sobre consumo*, núm. 85, 2008, pp. 23-24; *Derecho privado de Internet*, 5ª ed., Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2015, pp. 1028-1033; “Sitios web y “riesgo jurisdiccional” en la contratación de consumo”, 23 de julio de 2013, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2013/07/sitios-web-y-riesgo-jurisdiccional-en.html#more>; FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR S., *La contratación internacional por vía electrónica con participación de consumidores*, Granada, Comares, 2006, pp. 100-112; “El tratamiento legal del contrato de viaje combinado en el Derecho Internacional Privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, núm. 2 (octubre 2012), pp.123-139; LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, 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. 69/2, julio-diciembre 2017, pp. 223-256, MATÍAS FERNANDES, M.J., “O conceito de «atividade dirigida» inscrito no artigo 15º, número 1, alínea c), do Regulamento «bruxelas i» e a internet: subsídios do tribunal de justiça por ocasião do acórdão Pammer /Alpenhof”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* vol. 4, núm 1 (Marzo 2012), pp. 302-315; PANIZA FULLANA, A., “La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 7 de diciembre de 2010: algunos aspectos relativos a la protección del consumidor en la contratación de servicios turísticos en Internet”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11/2011, (disponible en Westlaw, BIB 2010/3265).

³⁰ Sent. TJUE, de 7 de diciembre de 2010 as. ac. C-585/08 *Pammer* y C-144/09 *Hotel Alpenhof*, ap. 93: “*el carácter internacional de la actividad, la descripción de itinerarios desde otros Estados miembros al lugar en que está establecido el vendedor, la utilización de una lengua o de una divisa distintas de la lengua o la divisa habitualmente empleadas en el Estado miembro en el que está establecido el*

Según el criterio del TJUE, estos índices son orientativos, sin que ninguno actúe como criterio determinante en la activación de las normas de DIPr de protección al consumidor.

Por lo tanto, de acuerdo con el estado actual de la jurisprudencia del TJUE, cabe considerar, por un lado, que la previsión que incorpora el art. 1.6 del Reglamento 2018/302, coligiendo del solo cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Reglamento que el comerciante no dirige sus actividades al Estado miembro en que el consumidor tiene su domicilio o residencia habitual, no se compadece con la línea mantenida, hasta la fecha, por el Alto Tribunal, consistente en no convertir ninguno de los criterios indicativos en requisitos determinantes para la aplicación de las normas de DIPr de protección al consumidor. Por otra parte, es preciso tener en cuenta que el hecho de que los comerciantes no bloqueen el acceso a sus interfaces en línea, o que no limiten el acceso de los bienes y servicios a los clientes de otros Estados miembros (quienes podrán contratarlos en las mismas condiciones, incluidos el precio y las condiciones de entrega de aquellos, que los clientes que residan en el Estado miembro del profesional), ni que discriminen en relación con los medios de pago, no son criterios por sí mismos determinantes para que el juez nacional considere que la actividad del comerciante no se ha dirigido al Estado miembro del domicilio del consumidor. De hecho, como indica P.A. de Miguel Asensio³¹, la disponibilidad generalizada de instrumentos de globalización constituye, en la actualidad, un elemento que puede ser muy relevante (junto a la configuración internacional de la web) para apreciar que las actividades del comerciante van dirigidas a consumidores establecidos en otros países.

En tales circunstancias, si la mera conformidad del comerciante con las obligaciones que establece el Reglamento 2018/302 no es por sí sola decisiva a la hora de evitar la aplicación del régimen específico de competencia judicial internacional y de ley aplicable en materia de contratos de consumo, para que la previsión del art. 1.6 tenga sentido deviene necesaria una adaptación de la interpretación de la noción “determinación de la actividad dirigida” con la finalidad de la nueva norma europea; es decir, capaz de conciliar los intereses que subyacen en la nueva regulación europea, a saber: el derecho de los clientes a no ser discriminados en el acceso a los bienes y servicios ofrecidos por comerciantes establecidos en un Estado miembro distinto al de su domicilio y la libertad de los comerciantes para determinar el ámbito geográfico al que dirigen sus actividades dentro de la UE. En este sentido, no cabe inferir de las prohibiciones de discriminación injustificadas previstas en el Reglamento 2018/302 una obligación general de los comerciantes de dirigir su actividad a todo el mercado europeo. Los comerciantes pueden no querer dirigir su actividad a otros Estados miembros por diversos motivos, bien porque cuentan con una clientela fija y fiel en el Estado miembro de su establecimiento y no desean ampliar su actividad, bien porque no pueden asumir los costes económicos de

vendedor, con la posibilidad de reservar y de confirmar la reserva en esa otra lengua, la mención de números de teléfono con indicación de un prefijo internacional, los gastos en un servicio de remisión a páginas web en Internet con el fin de facilitar el acceso al sitio del vendedor o al de su intermediario a consumidores domiciliados en otros Estados miembros, la utilización de un nombre de dominio de primer nivel distinto al del Estado miembro en que está establecido el vendedor y la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en diferentes Estados miembros”.

³¹ DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “El nuevo Reglamento de la Unión Europea...”, *loc. cit.*, p. 6.

comercializar en otros Estados miembros, o incluso los costes jurídicos de verse forzados a litigar ante los Tribunales del domicilio del Estado miembro del consumidor y de respetar la normativa más estricta de los consumidores de ese país. La nueva regulación europea es respetuosa con el derecho de los comerciantes a decidir en relación con la orientación de su actividad, por lo que bien pueden delimitarla a su mercado local, fragmentarla a determinados Estados miembros (por ejemplo, los mercados vecinos), o dirigirla a todo el mercado europeo. El único límite que impone el Reglamento 2018/302 a los comerciantes es tratar, allá donde hayan limitado su actividad, de la misma manera a los clientes, con independencia de cuál sea la nacionalidad, el lugar de residencia o el lugar de establecimiento, en las situaciones previstas en los arts. 3, 4, 5, y 6.

Por ello, la prohibición de bloqueo o limitación de acceso de los clientes a las interfaces en línea del comerciante (art. 3), aunque permita el acceso al sitio web en el Estado miembro del domicilio del consumidor, no resultará relevante, habida cuenta de que, como hemos indicado, el TJUE ha considerado que no es un dato determinante en la apreciación de esta cuestión. En cambio, la combinación de esta prohibición con la prevista en el art. 4, que excluye la aplicación por los comerciantes de condiciones generales de acceso diferentes a sus productos y servicios por motivos relacionados con la nacionalidad o con el lugar de residencia o de establecimiento del cliente, al tratarse de una obligación legal impuesta, exigirá la reinterpretación de los criterios que, con arreglo a la jurisprudencia del TJUE, permiten objetivar los destinos específicos de la actividad del comerciante. Así, al efecto de garantizar la libertad de los comerciantes para ofrecer, de forma no discriminatoria, ofertas específicas a un Estado miembro o a varios, dejará de ser irrelevante que el propio comerciante indique expresamente en la página web la intención de no dirigir su actividad a determinados Estados miembros o de dirigirla sólo a determinados Estados miembros (el denominado *disclaimer*)³², pues de poco puede valer dicha declaración explícita, si el comerciante está obligado a celebrar contratos con clientes de otros Estados miembros, en las mismas condiciones que con los clientes residentes en su país. Del mismo modo, a consecuencia de esta obligación, dejará de ser un indicio relevante la posibilidad de tener en cuenta la actividad comercial desarrollada anteriormente con consumidores de otros Estados miembros, o que el contrato se haya celebrado a distancia. La prohibición de no restricción en el acceso de bienes y servicios a clientes de otros Estados miembros, hará que resulte irrelevante, a efectos de determinar la orientación de la actividad de los comerciantes, la comprobación de si ya han celebrado antes contratos con consumidores de otros Estados miembros, como la toma en contacto a distancia del consumidor con la página web, la reserva de un bien o de un servicio a distancia o la celebración de un contrato a distancia. Por otra parte, puesto que el comerciante no está obligado a la entrega del producto en el domicilio del Estado miembro del consumidor, el hecho de que éste se desplace a recogerlo en el Estado miembro donde el comerciante realiza la entrega, e incluso a celebrar el contrato, tampoco debería ser un índice relevante para determinar la orientación de la actividad, toda vez que, en el estado actual de la jurisprudencia del TJUE, la única conducta relevante para la aplicación del régimen específico de protección de los arts. 17-19 RBI bis, o del art. 6

³² En relación con el presente índice, véanse las conclusiones de la Abogada General Sra. Verica Trstenjak presentadas el 18 de mayo de 2010, as. ac. C-585/08 *Pammer* y C-144/09 *Hotel Alpenhof*, apdos. 91 a 99.

del RRI, es la del comerciante. Cuestión distinta es que la página web esté redactada en una lengua ampliamente utilizada, o se prevea la utilización de una divisa distinta a la empleada en Estado miembro en el que está establecido el comerciante; que haga mención del prefijo internacional junto al número de teléfono, e indicación de un número destinado a la atención e información a los consumidores extranjeros, o del itinerario que ha de recorrerse para llegar desde otros Estados miembros a la localidad en la que el vendedor desarrolla su actividad (como, por ejemplo, señalización viaria, conexiones ferroviarias internacionales, mención de los aeropuertos más cercanos); la posibilidad de verificar la disponibilidad de productos en almacén o la posibilidad de que se preste un servicio en el domicilio del consumidor; o que el consumidor de otro Estado miembro se pueda inscribir en un boletín de información sobre servicios o bienes ofrecidos por el comerciante. Todos estos elementos continuarán siendo índices que han de ser tenidos en cuenta para determinar que la actividad del comerciante se encuentra dirigida hacia el Estado miembro del domicilio del consumidor, aun en los casos en los que el comerciante cumpla con las obligaciones impuestas por el Reglamento 2018/302.

2. La responsabilidad contractual del comerciante

13. Como hemos indicado, los actos contrarios del comerciante a las prohibiciones recogidas en el Reglamento 2018/302 pueden ser la fuente de distintos supuestos de responsabilidad de carácter contractual o extracontractual. Como es bien sabido, la interpretación del concepto autónomo de obligación extracontractual que realiza el TJUE se basa en la exclusión de la materia contractual, incluyendo en ellas todas las acciones dirigidas a exigir la responsabilidad del demandado y que no estén relacionadas con la materia contractual³³, englobando ésta aquellas situaciones en que una parte asume libremente un compromiso frente a otra. Esta prioridad explícita de la calificación contractual hace que la tarea de delimitación de ambos conceptos debe darse preferencia a la determinación de si nos encontramos ante un supuesto de obligación contractual. Solamente en el caso de que no resulte posible la calificación contractual se abrirá la puerta a la consideración de la responsabilidad extracontractual³⁴. De conformidad con la jurisprudencia del TJUE en el asunto *Brigsitter*³⁵, la diferencia del régimen de responsabilidad no deriva tanto de que las partes del litigio estén vinculadas por un contrato, como que el comportamiento recriminado resulte de un incumplimiento de las obligaciones contractuales, tal como pueden determinarse teniendo en cuenta el objeto del contrato; es decir, que la reclamación venga motivada por la inobservancia de los derechos y obligaciones del contrato que vincula a las partes, de tal modo que resulte indispensable tener en cuenta el mismo para resolver el litigio. Por consiguiente, centrándonos en las diferentes situaciones que contempla el Reglamento 2018/302, dicha posición impide que se pueda considerar como contractual la responsabilidad del comerciante por incumplimiento de la obligación prevista en el art. 3. La limitación del acceso a la interfaz del comerciante, lo mismo que la limitación del acceso al producto o

³³ Véase por todas la Sent. TJUE, de 27 de septiembre de 1988, as. ac. C-189/87 *Kalfelis*, ap. 17.

³⁴ Véase ARENAS GARCÍA, R., “La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho Internacional Privado”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 403-425, esp. p. 409.

³⁵ Sent. TJUE, de 13 de marzo de 2014, as. C-548/12 *Brogsitter*, ap. 23.

al servicio, frustra cualquier posibilidad de celebración del contrato, y con ello que el comportamiento recriminado al comerciante pueda considerarse un incumplimiento de las obligaciones contractuales³⁶. Cuestión distinta es lo que acontece con las situaciones que contemplan los arts. 4 y 5, en las que, como vamos a ver, el incumplimiento de las prohibiciones previstas en tales disposiciones permite que la responsabilidad revista carácter contractual.

En efecto, los arts. 4 y 5 contemplan diversas situaciones que presuponen que las partes pueden quedar unidas por un contrato de venta o de prestación de servicios. En este sentido, se impone al comerciante el deber de garantizar que el cliente pueda recibir el pedido en el Estado miembro en el que opera y en los mismos términos que los clientes locales, o bien a organizar por sus propios medios la entrega transfronteriza. Por lo tanto, si un cliente español que desea comprar una cámara fotográfica encuentra la mejor oferta en la página web de un comerciante alemán, que solamente orienta su actividad al mercado local, el cliente español tendrá derecho a recogerlo en el establecimiento del profesional, o a organizar, por sus propios medios, el envío del producto a su domicilio. Por lo que una vez celebrado el contrato a distancia, el comerciante alemán incurriría en incumplimiento contractual de no facilitar al cliente la posibilidad de que este pueda organizar el transporte de la cámara a su domicilio. Lo mismo sucedería si un consumidor residente en España conoce de la oferta de un hotel francés en la Costa Azul a través de la página web de una empresa francesa de intermediación, donde hace una reserva, y el hotel le solicita al final de la estancia un pago adicional con motivo de que el previsto en las condiciones generales iba dirigido solamente al mercado francés. Igualmente, incurriría en incumplimiento contractual el comerciante que, en cualquiera de estas circunstancias, aplica diferentes condiciones con respecto a los instrumentos de pago por motivos relacionados con la residencia o el lugar de establecimiento.

Junto a estas precisiones sobre la repercusión de las prohibiciones previstas en la nueva norma europea en la reglamentación de los contratos internacionales, interesa saber también qué órganos jurisdiccionales de los Estados miembros tendrían competencia judicial internacional para conocer de estos posibles litigios, y, por extensión, la determinación de la ley aplicable. De la primera cuestión poco más podemos añadir a lo ya dicho en el epígrafe anterior en relación con el cumplimiento de las obligaciones del Reglamento 2018/302 y la activación de los foros de protección a los consumidores del RBI bis, a la luz de los indicios ofrecidos por el TJUE. En las situaciones en las que los indicios no pudieran confirmar la presencia de un consumidor pasivo, sería aplicable el régimen general del RBI bis: foro del domicilio del demandado (art. 4) y el foro especial en materia contractual (art. 7.1). En lo que respecta a la ley aplicable, el Reglamento

³⁶ Entendemos que, en caso de limitación de acceso al producto o al servicio, cabría la posibilidad de que el cliente ejercite una acción invocando la responsabilidad precontractual del comerciante cuando la ruptura de los tratos previos a la celebración del contrato se produzca como consecuencia de la distinta residencia o lugar de establecimiento del cliente. Siendo la responsabilidad extracontractual en estos casos, junto al criterio general del domicilio del demandado, la determinación de la competencia judicial internacional tendría lugar a través del criterio del lugar del daño establecido en el art. 7.2 RBI bis (véase la Sent. TJUE, de 17 de septiembre de 2002, as. c-334/00 *Tacconi*, apdo. 27), y la ley aplicable a través del art. 12 RRII.

2018/302 resultará de aplicación cuando la ley reclamada fuese la de un Estado miembro, habida cuenta de que goza de la condición de norma imperativamente aplicable. La aplicación del Reglamento 2018/302 como norma imperativa de la *lex contractus* tendrá lugar en el caso de contratos con consumidores pasivos europeos, a través de la remisión que efectúa el art. 6 al ordenamiento del Estado miembro de su residencia habitual; y en los contratos con consumidores activos y con empresas usuarias finales, en virtud de la elección de ley (art. 3), y, en su defecto, por la ley de la residencia habitual de la parte que deba realizar la prestación característica del contrato (art. 4). En cambio, en los casos en que la *lex causae* fuese el ordenamiento de un tercer Estado (en los contratos celebrados consumidores activos o con empresas-usuarios finales, a consecuencia de la autonomía conflictual, o, en defecto de elección, cuando el comerciante tenga su establecimiento en un tercer Estado), el Reglamento 2018/302 resultaría directamente aplicable por el juez como norma de policía del foro (art. 9.2 RRI). En este sentido, hemos visto que sus arts. 1 y 2 configuran una norma de extensión que delimita la esfera espacial de aplicación del Reglamento a las situaciones que vinculan a un comerciante de un Estado miembro o de un tercer Estado con clientes con residencia o establecimiento en la UE. Por consiguiente, el juez del foro aplicará las obligaciones de la nueva norma europea a todas las situaciones con las consecuencias que entrañen su cumplimiento en la relación contractual.

Finalmente, por lo que se refiere a las consecuencias de la aplicación del Reglamento 2018/302 sobre el contrato³⁷, ha de indicarse que solamente el art. 6 contempla la sanción civil derivada de la infracción, previendo la nulidad de pleno derecho de los acuerdos sobre ventas pasivas que incumplan la prohibición recogida en los arts. 3, 4, 5. En efecto, el Reglamento no explicita la sanción civil que deriva del incumplimiento de la prohibición prevista en los arts. 4 (acceso a los productos y servicios) y 5 (medios de pago), por lo que entendemos que corresponderá al juez valorar la incidencia del incumplimiento de tales prohibiciones a la luz de las circunstancias del caso, para precisar las ulteriores consecuencias que pueden derivar sobre la relación contractual. Concretamente, el incumplimiento de las prohibiciones previstas en las disposiciones citadas puede afectar diferentes situaciones en la relación contractual, que van desde la ocultación del trato discriminatorio en el momento de la celebración hasta el tratamiento desigual injustificado en el momento de la ejecución, siendo susceptibles todas ellas de generar consecuencias distintas, en particular: la resolución del contrato, la ampliación del plazo del derecho de desistimiento por incumplimiento de la obligación precontractual de información, prevista en el art. 8.3 de la Directiva 2011/83/UE, que obliga a los comerciantes de servicios que comercialicen *on line* a indicar, por adelantado, en un lugar destacado de su sitio web las posibles restricciones que apliquen; la nulidad de la cláusula por contravención de norma imperativa, la reducción del precio, etc.

3. La responsabilidad extracontractual del comerciante

³⁷ En relación con las consecuencias sobre los contratos de la aplicación de las normas materiales imperativas, véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Contratación comercial internacional”, en FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., ARENAS GARCÍA, R., y DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho de los negocios internacionales*, 5ª ed., Madrid, Iustel, 2016, pp. 361-362.

14. La responsabilidad de carácter extracontractual del comerciante nos obliga a analizar ciertas cuestiones ligadas a la competencia judicial internacional; en particular, en relación con la calificación de la infracción y la concreción del lugar donde se produce el hecho dañoso en los ilícitos a distancia. El art. 7.2 del RBI bis es un foro de competencia especial que engloba una gran diversidad de tipos de responsabilidad delictual, desde las acciones que tienen como objeto el resarcimiento pecuniario de un daño, a las acciones que tratan de prevenir y hacer cesar conductas ilícitas³⁸. Como ha señalado el TJUE, la noción de hecho dañoso comprende no solamente las situaciones en las que un particular ha sufrido un perjuicio a título individual, sino también, en particular, los menoscabos del ordenamiento jurídico como consecuencia de comportamientos ilícitos de los comerciantes³⁹, y ello con independencia de que el comerciante haya celebrado o no contratos con consumidores. La obligación del comerciante nace de la inobservancia de una norma legal que regula una conducta⁴⁰. Dicha consideración es plenamente trasladable al ámbito que nos ocupa, para exigir la responsabilidad delictual del comerciante por incumplimiento de las prohibiciones previstas en el Reglamento 2018/302, habida cuenta de la obligación legal que incumbe al comerciante de abstenerse, en sus relaciones con los clientes, de realizar comportamientos que el legislador reprueba, como discriminar a los clientes por razón de la nacionalidad, residencia o lugar de establecimiento, ya sea bloqueando o limitando el acceso de los clientes a sus interfaces en línea, ya sea estableciendo condiciones generales de acceso diferentes a sus productos y servicios, o en relación con los medios de pago o con los acuerdos de ventas pasivas.

Desde la perspectiva procesal, la naturaleza delictual de la responsabilidad del comerciante permitiría el ejercicio de la acción de cesación con el objeto de prevenir este tipo de infracciones, su cese o impedir que se repitan en el futuro. En tales circunstancias, como ha señalado el TJUE, tanto si la acción judicial es consecuencia de un contrato que ya ha sido celebrado entre el comerciante y el consumidor, como si dicha acción reviste un carácter meramente preventivo tendente únicamente a evitar que se produzca un daño futuro, la entidad a la que se atribuye legitimación procesal para el ejercicio de este tipo de acciones, y que tome la iniciativa para su ejercicio, no será en ningún caso parte en el contrato⁴¹. Las entidades con legitimación activa para la tutela de los intereses colectivos de los consumidores actúan basándose en un derecho que le ha sido atribuido por ley para prohibir el uso de prácticas que el legislador considera ilícitas en las relaciones entre un

³⁸ Con la redacción del art. 5.3 RBI (actual 7.2 RBI bis) quedaban resueltas las dudas que durante los trabajos de revisión del Convenio de Bruselas de 1968 había suscitado por su naturaleza preventiva la inclusión de las acciones colectivas de cesación dentro del ámbito de aplicación de la citada disposición. *Vid.*, al respecto, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2016, p. 637; PALAO MORENO, G., “La revisión del Convenio de Bruselas de 1968: el caso del art. 5.3”, en BORRÁS RODRÍGUEZ, A. (dir.), *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales*, Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 317-324, esp. p. 321; AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, y RODRÍGUEZ BENOT, A., “La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: una primera lectura”, *REDI*, nº 2, 1998, pp. 35-68, p. 44.

³⁹ Sent. TJUE de 1 de octubre de 2002, as. C-167/00 *Henkel*, apdo. 42.

⁴⁰ Conclusiones del Abogado General Geelhoed, presentadas el 31 de enero de 2002, en el asunto C-334/00 *Tacconi*, núm. 76.

⁴¹ Sent. TJUE de 1 de octubre de 2002, as. C-167/00 *Henkel*, apdo. 39.

comerciante y los consumidores. Así sucede en el caso de las prohibiciones previstas en el Reglamento 2018/302, como confirma su art. 11 que modifica la Directiva 2009/22/CE, relativa a las acciones de cesación en materia de protección a los intereses de los consumidores⁴², con el fin de permitir este tipo de acciones con respecto a las prácticas de los comerciantes contrarias a la nueva norma europea.

Así las cosas, las entidades legitimadas podrán ejercitar la acción colectiva de cesación, amén del posible juego de la autonomía de la voluntad, ante los jueces y Tribunales del domicilio del demandado (art. 4 RBI bis), o bien ante los Tribunales del Estado miembro donde se produce o se puede producir el hecho dañoso (art. 7.2 RBI bis). El *forum delicti commissi* plantea dificultades en relación con los daños plurilocalizados, es decir, cuando no coincide el lugar en el que sobreviene el daño con el lugar en el que se produce el hecho dañoso, como acontece con la concreción del lugar donde se haya producido el daño en los ilícitos que tienen lugar a través de internet. En este contexto, el TJUE no solamente ha indicado que la expresión lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso se refiere al mismo tiempo al lugar de materialización del daño y al lugar del hecho causal que lo originó⁴³; también ha precisado que el lugar de la materialización del daño puede variar en función de la naturaleza del derecho supuestamente vulnerado⁴⁴. En lo que interesa a nuestro estudio, la acción de cesación a la que se refiere a la Directiva 2009/22 tiene por objeto las obligaciones extracontractuales que se deriven de un acto de competencia desleal a los intereses colectivos de los consumidores por ser contrario a la legislación destinada a proteger sus intereses⁴⁵. Por consiguiente, para la concreción del lugar en el que se ocasiona el daño en este tipo de ilícitos resulta relevante que el acto cometido en otro Estado miembro haya generado, o pueda generar un daño, a los intereses colectivos de los consumidores que resulten o puedan resultar afectados. Ahora bien, la concreción del lugar en el que el daño se manifiesta plantea la duda de si sólo alcanza a las actividades orientadas al Estado miembro en el que residen los consumidores, o basta con la mera accesibilidad del sitio de internet desde dicho Estado. El TJUE parece decantarse a favor de la primera solución en la sentencia *Amazon*⁴⁶, en la que interpreta el art. 6.1 RR II en un supuesto de deslealtad por infracción de la norma europea sobre cláusulas abusivas, donde ha llegado a la conclusión de que el país en el que los intereses colectivos de los consumidores resultan afectados es el país en el que residen los consumidores a los que el comerciante dirige sus actividades⁴⁷. Sin embargo, consideramos que no procede extrapolar esta interpretación a las infracciones previstas en el Reglamento 2018/302, habida cuenta de que los afectados son precisamente los intereses de los consumidores residentes en Estados miembros distintos de los que dirige sus actividades comerciales, que son tratados de manera discriminatoria. Como ha señalado el TJUE, dentro del contexto de internet, el lugar de la materialización del daño puede variar en función de la naturaleza del derecho

⁴² DOUE L núm. 110, de 1 de mayo de 2009.

⁴³ Véase por todas la Sent. TJUE, de 7 de marzo de 1995, as. C-68/95 *Shevill*, apdos. 20 y 21.

⁴⁴ Sent. TJUE, de 3 de octubre de 2013, as. C-170/12 *Pinckney*, apdo. 32.

⁴⁵ Sent. TJUE de 28 de julio de 2016, as. C-191/15 *Amazon*, apdo. 39.

⁴⁶ Sent. TJUE de 28 de julio de 2016, as. C-191/15 *Amazon*, apdo. 47.

⁴⁷ Requiriendo la orientación de la actividad al concreto territorio donde se manifiesta el daño, DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado...*, op. cit., pp. 615-616.

supuestamente vulnerado⁴⁸. Por ello, entendemos que la materialización del daño frente a esta suerte de infracciones ha de concretarse en términos parecidos a la vulneración de los derechos de la personalidad y la infracción de un derecho de la propiedad intelectual o industrial; es decir, supeditando la competencia judicial internacional a que el derecho cuya vulneración se alega esté protegido en dicho Estado miembro⁴⁹. Así, desde la perspectiva de los intereses de los consumidores españoles, la materialización del daño tendrá lugar cuando no pueden acceder, por tenerles restringido, a la página web de un comerciante de otro Estado miembro (art. 3), o en cualquiera de las situaciones descritas en los arts. 4 y 5, en las que la mera accesibilidad del sitio web en España resultaría suficiente para atribuir competencia a nuestros Tribunales, siempre a condición de que limite el acceso a sus productos y servicios a través de condiciones generales diferentes para los consumidores españoles.

En lo que se refiere a la ley aplicable a este tipo de actos de competencia desleal, tal como dispone el art. 6.1 RRII, será la ley del país en cuyo territorio los intereses colectivos de los consumidores resulten o pueden resultar afectados. Como hemos indicado antes, en la sentencia *Amazon* el TJUE establece la exigencia de la actividades del comerciante vayan dirigidas al Estado miembro en cuyo territorio resulten o pueden resultar afectados los intereses de los consumidores, si bien las mismas razones que hemos esgrimido en contra de su exigencia en la competencia judicial internacional, valen también para la determinación de la ley aplicable a los actos de competencia desleal por infracción del Reglamento 2018/302, en la medida en que los consumidores afectados serán siempre los residentes en Estados miembros distintos a los que va dirigida las actividades del comerciante. De este modo, puesto que los Tribunales españoles pueden ser competentes para enjuiciar actividades discriminatorias que afectan a consumidores de otros Estados miembros (*ad ex.*, por tener el domicilio en España el comerciante infractor), del art. 6 RRII resulta que la ley aplicable será la legislación del país cuyo mercado se reclame la protección, lo que conduce, con respecto a actividades desarrolladas en Internet, a la aplicación distributiva de las leyes de varios países⁵⁰. Es decir, el Tribunal español deberá decidir la eventual infracción y sus consecuencias conforme a la ley de cada Estado miembro en los que los intereses de los consumidores resulten afectados. Por otra parte, ha de indicarse que, de conformidad con la esfera espacial de aplicación del Reglamento 2018/302, la conexión del mercado afectado prevista en el art. 6.1 RRII conducirá, en todos los casos, a la aplicación directa de la legislación de un Estado miembro, sin que sea necesario, por tanto, que la nueva norma europea resulte de aplicación como norma internacionalmente imperativa. Por lo demás, esta ley determinará las clases de acciones que pueden ejercitarse frente a la conducta ilícita del comerciante y los presupuestos materiales de su ejercicio. Como ha señalado el TJUE, la ley aplicable a una acción de cesación en el sentido de la Directiva 2009/22 debe determinarse conforme al art. 6.1 RRII⁵¹, cuando se invoca la violación de una legislación que tienen como finalidad proteger los intereses de los consumidores. Dicha ley determinará también las entidades legitimadas para el ejercicio de las acciones colectivas. A este respecto, la Directiva

⁴⁸ Sent. TJUE, de 3 de octubre de 2013, as. C-170/12 *Pinckney*, apdo. 32.

⁴⁹ Sent. TJUE, de 19 de abril de 2012, as. C-523/10 *Wintersteiger*, apdo. 25.

⁵⁰ Véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado...*, *op. cit.*, p. 453.

⁵¹ Sent. TJUE de 28 de julio de 2016, as. C-191/15 *Amazon*, apdo. 48.

2009/22 ha dado lugar a la elaboración de una lista que recoge la entidades de todos los Estados miembros de la UE a las que se atribuye legitimación procesal para el ejercicio de acciones de cesación contra los actos de los profesionales contrarios a las normas europeas de protección al consumidor incluidas en su Anexo I⁵², entre las que se encuentra, como hemos indicado antes, el Reglamento 2018/302. Finalmente, de conformidad con la jurisprudencia del TJUE⁵³, habría que distinguir entre, por un lado, la ley aplicable a la apreciación de las cláusulas afectadas y, por otro, la ley aplicable a la acción de cesación del uso de dichas cláusulas. Como ha señalado el TJUE, esta distinción no se ve desvirtuada en absoluto por el carácter colectivo de la acción mediante la cual se impugna la validez de tales cláusulas, habida cuenta de que la acción de cesación se dirige a evitar que tales cláusulas se incorporen a contratos de consumo para crear así obligaciones contractuales⁵⁴. Por este motivo, para garantizar la aplicación uniforme de los RRI y RRII y la concordancia de apreciación entre acciones colectivas y acciones individuales, el TJUE exige que la apreciación de la licitud de la cláusula en cuestión debe determinarse siempre con arreglo al RRI, independientemente de que esa apreciación se efectúe en el marco de una acción individual o en el de una acción colectiva⁵⁵. Dicha distinción es de suma importancia en el Reglamento 2018/302 de cara a la valoración de la ilicitud de las condiciones generales que regulen el acceso a los productos o servicios.

Para finalizar, hemos de precisar que, sin perjuicio de las normas aplicables de la Unión relativas a la cooperación judicial en materia civil, el mecanismo idóneo en la lucha contra las infracciones al Reglamento 2018/302 se encuentra en el Reglamento (UE) núm. 2017/2394, de 12 de diciembre de 2017, 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) núm. 2006/2004⁵⁶. El presente Reglamento tiene por objeto modernizar los mecanismos de cooperación entre las autoridades competentes en los Estados miembros para reducir el perjuicio que causan a los consumidores las infracciones transfronterizas de la legislación de la UE en materia de protección al consumidor, entre la que se encuentra el Reglamento 2018/302. El

⁵² DO n° L 110, de 5 de diciembre de 2009. La Directiva 2009/22 establece el principio de reconocimiento mutuo de las entidades y asociaciones que cada Estado miembro habilite para la interposición de acciones de cesación, quedando exoneradas de acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos por las distintas legislaciones nacionales para determinar la capacidad para ser parte, sin perjuicio claro está de que hayan de probar los requisitos derivados de la legitimación material. En efecto, los órganos del orden jurisdiccional competente que conozcan de la acción interpuesta habrán de examinar si la finalidad de la entidad habilitada y los intereses afectados por la conducta frente a la que se ejercita aquella guarda la necesaria relación que legitima efectiva y eficazmente, en el caso concreto, el ejercicio de la acción. En consecuencia, se pretende que la entidad habilitada justifique una relación entre el acto infractor que se lleva ante los tribunales y el ámbito de actuación y finalidad de esta entidad, relación que será evaluada caso por caso por el juez competente, de acuerdo con el derecho aplicable al fondo del asunto. Por lo tanto, será necesario que la entidad habilitada tenga, entre sus fines, la protección y tutela de los consumidores y usuarios, y además que el acto que se persigue afecte directamente a los intereses generales de los consumidores tutelados por dicho ordenamiento.

⁵³ Sent. TJUE de 28 de julio de 2016, as. C-191/15 *Amazon*, apdos. 49 y 52.

⁵⁴ *Idem*, apdo. 51.

⁵⁵ *Idem*, apdos. 56 a 60.

⁵⁶ DOUE L núm. 345, de 27 de diciembre de 2017.

Reglamento 2017/2394 distingue tres tipos de infracciones: infracción dentro de la Unión, infracción generalizada e infracción generalizada con dimensión europea. Por el perfil de las prohibiciones previstas en el Reglamento 2018/302, su incumplimiento será susceptible de generar una infracción de corte “generalizada”, en la medida en que perjudica o puede perjudicar los intereses colectivos de los consumidores residentes en al menos tres Estados miembros (art. 3.3.b), e igualmente “generalizada con dimensión en la Unión”, siempre que perjudique los intereses colectivos de los consumidores en al menos dos tercios de los Estados miembros que representen conjuntamente al menos dos tercios de la población de la Unión. A grandes rasgos, el Capítulo IV prevé la puesta en marcha de una acción coordinada entre las autoridades competentes afectadas por dichas infracciones, en la que se elegirá a una autoridad que asuma el papel de coordinador (la autoridad del Estado miembro del establecimiento del presunto comerciante infractor), que deberá tomar dentro de su ámbito de competencia las medidas de investigación y de ejecución necesarias para poner fin a los dos tipos de infracciones generalizadas, o encomendar tales medidas (por ejemplo, acción colectiva de cesación) a un organismo designado en ese Estado miembro, que tiene un interés legítimo en el cese o la prohibición de las infracciones de la legislación de la UE que protege los intereses de los consumidores (por ejemplo, asociaciones de consumidores).

A modo de conclusión final

15. El Reglamento 2018/302 constituye un límite infranqueable a la libertad de los comerciantes a segmentar artificialmente el mercado interior por razones puramente comerciales en determinados supuestos en los que no puede haber justificaciones objetivas para el trato diferente a los clientes de otros Estados miembros en las transacciones transfronterizas, con el fin de 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 UE, sin discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento. Pero tras este objetivo late la preocupación de las pequeñas y medianas empresas que prefieren no orientar sus bienes y servicios hacia el mercado interior para evitar, entre otras cuestiones, el riesgo de internacionalidad de la actividad, y con ello la posibilidad de poder ser demandados en otro Estado miembro con base en los arts. 17-19 RBI bis. No en vano, el riesgo de internacionalidad de la actividad continúa existiendo, en la actualidad, aún con el cumplimiento de las prohibiciones previstas en el Reglamento 2018/302, en la medida en que, a la vista del estado actual de la jurisprudencia del TJUE, la abstención de los comerciantes a bloquear el acceso a sus interfaces en línea o a limitar el acceso de los bienes y servicios a los clientes de otros Estados miembros, no son indicios, por sí mismos, suficientes para que el juez nacional pueda considerar que la actividad del comerciante no se ha dirigido al Estado miembro del domicilio del consumidor. En síntesis, conviene efectuar una labor de reinterpretación de los criterios que configuran esta noción (actividad comercial dirigida al mercado del consumidor, *ex* arts. 17 RBI bis y art. 6 RRI) a la luz de las prohibiciones del Reglamento 2018/302, lo que supondrá la pérdida de relevancia de algunos de los indicios que han permitido, hasta la fecha, la determinación de la actividad dirigida (como, por ejemplo, la posibilidad de tener en cuenta la actividad comercial desarrollada anteriormente con consumidores de otros Estados miembros; que el contrato se haya celebrado a distancia;

o que el consumidor se desplace al Estado miembro donde el comerciante realiza la entrega). Dichas prohibiciones habrán de tenerse en cuenta igualmente de cara a la interpretación del criterio del lugar de manifestación del daño del art. 7.2 RBII bis, respecto de las acciones de cesación por competencia desleal, y del criterio del mercado afectado en la aplicación del art. 6.1 RRII.