

EL MERCADO DIGITAL ÚNICO

Araceli González Chamorro
Máster de Acceso a la Abogacía
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 12 de abril de 2016

Internet cada día tiene una mayor influencia en nuestra sociedad, en los últimos años ha aumentado considerablemente el acceso al mismo. Hace unos años era impensable tener Internet en casa y, en la actualidad, ya no solamente lo tienen prácticamente todos los hogares europeos, sino que además nos acompaña allí donde vayamos a través de los dispositivos portátiles como los smartphones y las tablets, los cuales ha aumentado considerablemente su consumo. Por ello, la legislación de la Unión Europea tiene que adaptarse a los cambios y necesidades de esta era digital, dado que este enorme crecimiento del consumo tecnológico y on-line ha provocado la aparición de nuevas necesidades en la población que no solamente limita a los consumidores, sino también a las empresas europeas para poder competir a nivel mundial.

El mercado interior implica un espacio sin fronteras interiores que se traduce en la libre circulación de los servicios y las personas, por lo que no tiene mucho sentido que sigamos teniendo estas fronteras tecnológicas, por ello, es necesario lograr que los consumidores puedan utilizar los servicios de contenidos en línea que permiten acceder a contenidos tales como música, juegos, películas o acontecimientos deportivos no solo en su Estado miembro de residencia, sino también cuando se encuentren en cualquier otro Estado de la Unión Europea.

El Cuerpo de Reguladores europeos para Comunicaciones Electrónicas (BEREC) estimó que los europeos, que viajan al menos una vez al año, están en el extranjero un promedio de 11.6 días por año. Para los ciudadanos de Chipre y Luxemburgo el promedio anual es 30 días, y para los ciudadanos de Finlandia, Irlanda, Lituania y Países Bajos cerca de 20 días¹.

¹https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUK Ewi31OXYzvnLAhUHXRQKHVYPBVkQFggiMAA&url=http%3A%2F%2Fec.europa.eu%2Fnewsroom%2Fdae%2Fdocument.cfm%3Faction%3Ddisplay%26doc_id%3D12525&usg=AFQjCNEdbN972mM_IK88vX--XOy5sJ-QeA

Para analizar mejor la situación se realizaron consultas públicas desde diciembre de 2013 a marzo de 2014, además de amplias conversaciones con las partes interesadas en los primeros 10 meses de 2015² dejando palmaria necesidad de la portabilidad transfronteriza.

Tras la evaluación del impacto el 30 de octubre de 2015, el Comité de Control Reglamentario emitió un dictamen favorable sobre la evaluación del mismo, a condición de mejorar determinados elementos del informe³. A pesar de que se examinaron tres opciones de política, al final se estimó que la más correcta era aquella que implicaba una intervención de la Unión Europea que estipulara que la prestación, el acceso y el uso de un servicio de contenidos en línea en un modo de portabilidad transfronteriza se consideran producidos en el Estado miembro de residencia del consumidor. Además supondría la imposición a los prestadores de servicios de contenidos en línea de la obligación de garantizar la portabilidad transfronteriza de tales servicios y establecería la inaplicabilidad de cualquier cláusula de un contrato que limitase la portabilidad transfronteriza. Esta política es la más adecuada dado que garantiza la seguridad del mercado digital único ya que regula todo su contenido, obliga a garantizar la portabilidad y además elimina las cláusulas de los contratos que la impidan, para así conseguir la homogeneidad de los servicios prestados a los consumidores.

Es importante, en este punto, hacer referencia a la legislación, para así comprender mejor por qué es la Unión Europea quien debe hacerse cargo de la regulación del mercado digital único y si tiene competencia para poder llevarlo a cabo. El artículo 167 del Tratado de funcionamiento de la Unión europea (TFUE) referente a la cultura de la Unión europea, establece “La Unión contribuirá al florecimiento de las culturas de los Estados miembros, dentro del respeto de su diversidad nacional y regional, poniendo de relieve al mismo tiempo el patrimonio cultural común”; el artículo 169 TFUE expone “1. Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Unión contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses. 2. La Unión contribuirá a que se alcancen los objetivos a que se refiere el apartado 1 mediante: a) medidas que adopte en virtud del [artículo 114](#) en el marco de la realización del mercado interior; b) medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados

² Vid. Apartado “Resultados de las evaluaciones ex post. Las consultas a las partes interesadas y las evaluaciones de impacto” de la Propuesta de Reglamento por el que se garantiza la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior (en adelante, “la Propuesta de Reglamento”). 2015, págs. 5-8. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015PC0627&from=ES>

³ *Ibid.* <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015PC0627&from=ES>

miembros”; y por último el artículo 114 TFUE confiere a la Unión europea competencias para adoptar medidas que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. Ante todo esto, es claro que la iniciativa del mercado único digital tendente a extender la cultura a través de los contenidos digitales cuando los ciudadanos de los Estados miembros se trasladen por Europa y a contribuir a la protección de los consumidores, por lo que se refiere al ejercicio de derechos armonizados a través de las fronteras y al afectar más concretamente a derechos armonizados por el marco de la Unión Europea sobre derechos de autor, tendría que tomar el mencionado ya artículo 114 del TFUE como base jurídica.

Ante todo esto, el 9 de diciembre de 2015, la Comisión europea mediante una comunicación expuso que el primer paso de la Comisión era la propuesta de Reglamento para lograr garantizar la portabilidad transfronteriza de contenidos digitales en línea, a los usuarios que se han suscrito o adquirido los mismos en su país de origen y se trasladan momentáneamente a otro país de la Unión Europea. Para ello la Comisión estaba estudiando propuestas legislativas concretas para lograrlo⁴. En esta Comunicación, también se comprometían a tomar las medidas que fueran necesarias para asegurar el acceso al conocimiento, la educación y la investigación de manera eficaz a través de las fronteras; a tomar en cuenta la situación del mercado actual, y prestar la mayor atención para cumplir con las obligaciones internacionales; para así lograr que los usuarios obtuvieran un sistema legal cierto y fiable, lograr la transparencia y el equilibrio en el sistema que gobierna la remuneración de autores y ejecutantes en Unión Europea, tomando las competencias nacionales en consideración. Por último se comprometía a contactar de manera inmediata con todas las partes afectadas con el objetivo de acuerdos alcanzables antes de la primavera 2016.

Además de la comunicación, la Comisión presentó una propuesta de Reglamento para garantizar la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior. Éste tiene como objetivo eliminar los obstáculos a la portabilidad transfronteriza, con el fin de satisfacer de manera más efectiva las necesidades de los usuarios y de fomentar la innovación en beneficio de consumidores, prestadores de servicios y titulares de derechos.⁵ Con este Reglamento se va a realizar el primer paso hacia la consecución del mercado digital único de contenidos y servicios digitales, que irá seguida de otras propuestas, en especial la referente a los derechos de autor. Se espera que la portabilidad transfronteriza, un nuevo derecho de la UE para los

⁴<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2015%3A626%3AFIN>

⁵ Apartado “Motivación y objetivos de la propuesta” de la Propuesta de Reglamento”. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015PC0627&from=ES>

consumidores, sea una realidad en 2017, año que también se eliminarán las tarifas de itinerancia dentro de la Unión Europea.

Entre los instrumentos que estarían a disposición para regular el mercado digital único podría utilizarse uno no vinculante como es el caso de una recomendación, pero la eficacia de tal instrumento podría ser muy limitada; dado que dependería de las decisiones comerciales tomadas por los diversos agentes del mercado y, por lo tanto, no conduciría a una aplicación homogénea ni sería suficiente para garantizar que los consumidores de la Unión Europea disfrutasen de las mismas condiciones. Ello, ha conducido a optar por otro de los instrumentos que entraría en vigor de manera instantánea y sería directamente aplicable en los 28 Estados miembros como es un Reglamento. Este sería el mejor instrumento para alcanzar el objetivo de garantizar la portabilidad de los contenidos en línea; permitir una aplicación uniforme de la normativa y garantizar que los usuarios y los prestadores de servicios en línea de distintos Estados miembros estuvieran sujetos a normas exactamente iguales. Solamente un Reglamento garantiza el grado de seguridad jurídica necesario para que los consumidores puedan beneficiarse plenamente de la portabilidad transfronteriza en toda la Unión. Por tanto, unas normas plenamente armonizadas garantizarán la seguridad jurídica y reducirán los costes para las empresas, ofreciendo también un mayor nivel de protección a los consumidores. En general, ello se traducirá en un incremento de la confianza de los consumidores y en un estímulo a la actividad empresarial en toda la Unión Europea.

El proceso de seguimiento de las repercusiones de la propuesta constará de dos fases. La primera, se iniciará inmediatamente después de la adopción del acto legislativo y continuará hasta el inicio de su aplicación. Se centrará en cómo aplican el Reglamento en los Estados Miembros los participantes del mercado, con el fin de garantizar el enfoque coherente. La Comisión organizará reuniones con los representantes de los Estados miembros y las partes interesadas pertinentes con el fin de analizar cómo puede facilitarse la transición hacia la nueva normativa. La segunda fase, comenzará a partir de la fecha de la aplicación del Reglamento y se centrará en los efectos de la normativa. Este seguimiento prestará especial atención a las repercusiones sobre las pymes y los consumidores⁶.

Como se recoge en el Commission Staff Working Document Impact Assessment, el principal problema a solucionar por el Reglamento es la necesidad de creación de un mercado digital único es precisamente el aumento considerable del acceso a internet,

⁶ Apartado “Planes de aplicación y disposiciones sobre seguimiento, evaluación e Información” de la Propuesta de Reglamento. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015PC0627&from=ES>

todo ello potenciado por el uso cada día mayor de los Smartphones y las Tablets, que ha llevado a que ya no solamente cuando estamos en casa o en el trabajo utilicemos internet y sus diferentes servicios en línea sino que ahora lo utilizamos en cualquier momento allí donde estemos. A modo de ejemplo, podemos señalar los servicios proporcionados por empresas como Amazon o iTunes, que ofrecen películas o canciones para la compra o el alquiler o con otras empresas con las que se establecen relaciones contractuales a través de suscripciones como Netflix, Deezer o Skoobe. En el caso de servicios transaccionales donde se adquiere una copia y el consumidor puede descargarlo en su dispositivo no habría problema; sino que este surge cuando el contenido es accesible sólo mediante vía digital. Por ello, ya que además hay una tendencia a que cada día viajamos más ya sea por trabajo o por placer, correlativamente queramos acceder a estos contenidos en línea estando en otros países de la Unión Europea⁷. Además, es importante destacar que las empresas minoristas que actualmente venden en línea, para las cuales, las diferencias entre las legislaciones nacionales en materia de contratos constituyen un obstáculo importante para las ventas transfronterizas. Esto es así dado el coste único adicional que las empresas deben soportar para adaptarse a las diferentes normativas contractuales en materia de consumo cuando realizan ventas transfronterizas, que se sitúa en alrededor de 9 000 EUR para cada Estado miembro en el que desean vender; y la escasa confianza que juega un papel clave, pues solo el 38 % de los consumidores de la Unión Europea se sienten seguros al comprar en línea en otro país de la Unión Europea, y cuyas principales preocupaciones sobre la compra en línea en otros países de la Unión Europea son: la posibilidad de no recibir el pedido, la recepción de productos equivocados o dañados, o la reparación y sustitución de un producto defectuoso.

Ante esta situación y en virtud de lo recogido en la propuesta de Reglamento, sus principales objetivos que son⁸: (i) La ampliación del acceso a contenidos en toda la Unión Europea, consiguiendo una mejor circulación de contenidos, ofreciendo una mayor posibilidad de elección a los ciudadanos europeos, reforzando la diversidad cultural y concediendo más oportunidades al sector de la creación. Por ello la Comisión tiene intención de mejorar la distribución transfronteriza de programas de televisión y de radio en línea, facilitar la concesión de licencias para el acceso transfronterizo a contenidos y ayudar a que el cine europeo llegue a un público más amplio. (ii) El establecimiento de excepciones a las normas sobre derechos de autor para una sociedad innovadora e inclusiva, la Comisión tiene intención de abordar las excepciones clave a

⁷https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUK Ewi31OXYzvnLAhUHXRQKHVYPBVkQFggiMAA&url=http%3A%2F%2Fec.europa.eu%2Fnewsroom%2Fdae%2Fdocument.cfm%3Faction%3Ddisplay%26doc_id%3D12525&usq=AFQjCNEdbN972mM_IK88vX--XOy5sJ-QeA

⁸<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015PC0627&from=ES>

los derechos de autor como la utilización de obras protegidas por derechos de autor sin autorización previa de los titulares de los derechos; (iii) la educación; (iv) contribuir a facilitar el acceso a más obras a las personas con discapacidad; (v) evaluar la necesidad de paliar la inseguridad jurídica para los usuarios de Internet; (vi) la creación de un mercado más justo, evaluando si el uso en línea de obras protegidas por derechos de autor, resultantes de la inversión de creadores y de sectores de la creación, está debidamente autorizado y remunerado a través de licencias y se analizará también si se precisan soluciones a escala de la Unión Europea para aumentar la seguridad jurídica, la transparencia y el equilibrio en el sistema que regula la remuneración de los autores e intérpretes, teniendo en cuenta las competencias nacionales y de la Unión Europea; y (vii) la lucha contra la piratería, mediante una mayor disponibilidad de contenidos contribuirá a luchar contra la piratería, habida cuenta de que el 22 % de los europeos cree que las descargas ilegales son aceptables si no existe una alternativa legal en su país. La Comisión irá más allá, velando por que se garantice la aplicación adecuada de los derechos de autor en toda la UE como parte de su enfoque global para mejorar la aplicación de todos los tipos de derechos de propiedad intelectual y también examinará cómo hacer más eficiente la supresión de contenido ilegal por parte de intermediarios en línea.

En cuanto al contenido del Reglamento es importante destacar los siguientes aspectos:

- **Costes.** No implica ningún coste extra para los prestadores de servicios de contenidos en línea, dado que no exige que garanticen a sus usuarios una calidad determinada cuando salen fuera de las fronteras de su país de origen ni tampoco se les exige esa prestación de los servicios fuera de las fronteras en el caso de prestación gratuita en la que el consumidor no identifique su Estado miembro de residencia.
- **Renegociación de los contratos.** No requerirá ningún tipo de renegociación.
- **Obligaciones del prestador.** Como indica el artículo 3 el prestador tiene la obligación de permitir que un abonado utilice el servicio de contenidos en línea cuando se encuentre presente temporalmente en otro Estado miembro. Otra de las obligaciones de los prestadores de servicios es el de información, dado que los prestadores de servicios deben velar para que sus abonados estén debidamente informados acerca de las condiciones de disfrute de los servicios de contenidos en línea en Estados miembros distintos del de residencia.
- **Localización del servicio.** Se considera que la prestación, así como el acceso al servicio y su uso por parte de un abonado que esté presente temporalmente en otro

Estado miembro, se produce únicamente en el Estado miembro de residencia. En relación con la concesión de licencias de derechos de autor y derechos afines, esto significa que los actos relevantes para los derechos de autor que se producen cuando se presta el servicio a los consumidores sobre la base de la portabilidad transfronteriza se consideran producidos únicamente en el Estado miembro de residencia. Esta disposición se aplicará a todos los demás efectos relacionados con la prestación, el acceso y el uso del servicio en un modo de portabilidad transfronteriza. Pero hay que tener en cuenta que debe aplicarse únicamente a los servicios de contenidos en línea a los que los abonados puedan acceder de forma efectiva y puedan utilizar en el Estado miembro en el que residen habitualmente sin limitación a una ubicación específica, ya que no procedería exigir a los prestadores que no ofrecen servicios portables en su país de origen que lo hagan a través de las fronteras.

- **Inaplicabilidad de disposiciones contractuales.** El artículo 5 establece la inaplicabilidad de las eventuales disposiciones contractuales contrarias a la obligación de portabilidad transfronteriza, en particular las que limiten las posibilidades del consumidor en cuanto a la portabilidad transfronteriza de sus servicios de contenidos en línea o la capacidad del prestador de servicios para prestarlos.
- **Afectación de los contratos existentes.** En virtud del artículo 7 se aplicará también a los contratos celebrados y a los derechos adquiridos antes de la fecha de aplicación del Reglamento si son pertinentes para la prestación del servicio, el acceso al servicio o su utilización.

Es importante hacer referencia a los derechos de autor, como para cualquier otro derecho de propiedad intelectual, es esencial para promover la creatividad y la innovación y crear la confianza en el mercado. En cuanto al marco legal para la ejecución de derechos de propiedad intelectual, incluyendo derechos de autor, la Comisión evaluará opciones y considerará antes del otoño 2016 la necesidad de enmendar el marco legal confuso sobre infracciones de escala comercial, entre otras cosas clarificar las reglas para identificar a infractores, el uso de medidas provisionales, preventivas, prescripciones y su efecto fronterizo, el cálculo y la asignación de daños, perjuicios y costas. La Comisión también realiza una evaluación comprensiva y una consulta pública sobre plataformas en línea⁹.

Como ya se ha puesto de manifiesto en el presente artículo, además de garantizar mediante Reglamento la portabilidad transfronteriza, es preciso contar con una

⁹ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2015%3A626%3AFIN>

legislación homogénea que regule la adquisición online tanto de contenidos digitales como de productos, para conseguir seguridad en el mercado europeo. Se trata de reducir las barreras restantes del Derecho contractual y de utilizar el potencial sin explotar del comercio electrónico transfronterizo en la Unión Europea. En la actualidad, en el caso de los contenidos digitales, existe un vacío evidente en la legislación, pues la mayoría de los Estados miembros no tienen ninguna normativa nacional específica. Solamente algunos han aplicado recientemente una legislación específica relativa a los contratos de suministro de contenidos digitales o han empezado a trabajar en ello y se corre el riesgo de una mayor fragmentación jurídica si no se adoptan medidas a escala de la Unión Europea. En el caso de los productos y, en particular, en lo que respecta a los derechos del consumidor en caso de un producto defectuoso, en la Unión Europea solo se aplican unos requisitos mínimos; por ello, en la práctica siguen aplicándose diferentes legislaciones nacionales. Esta situación crea incertidumbre jurídica, impone costes adicionales a las empresas y afecta a la confianza de los consumidores en las compras transfronterizas.

Por ello, es tan importante esta regulación que trate de aspectos relevantes en relación con los contenidos digitales, la adquisición de productos en línea. En cuanto a los contenidos digitales, resulta de interés abordar las siguientes cuestiones: la responsabilidad del proveedor por defectos, de forma que si el producto es defectuoso el consumidor pueda reclamar y además sin límite de tiempo al ser productos que no están sujetos a ningún tipo de desgaste; la inversión de la carga de la prueba, en cuanto no corresponderá al consumidor demostrar que el defecto existía en el momento de la entrega, sino que será el proveedor quien deberá probar que no es así; el derecho a rescindir un contrato tanto si son de larga duración como si el proveedor ha introducido grandes cambios; y en cuanto al contrato a cambio de datos, en caso de que el consumidor haya obtenido un contenido o servicio digital a cambio de datos personales, las nuevas normas aclaran que el proveedor deberá dejar de utilizarlos en caso de rescisión del contrato. Con respecto a la adquisición de productos en línea destaca la regulación de: la inversión de la carga de la prueba durante dos años; la no obligación de notificación, por lo que el consumidor no pierde sus derechos en caso de no informar al vendedor del defecto en un determinado plazo, como ocurre actualmente en algunos Estados miembros; en el caso de los defectos menores si el vendedor no puede o no quiere reparar o sustituir un producto defectuoso, el consumidor tendrá derecho a rescindir el contrato y a reclamar el reembolso; y los productos de segunda mano el consumidor tendrá la posibilidad de ejercer sus derechos en un plazo de dos años.

Con todo ello, las empresas podrán suministrar contenidos digitales y vender productos en línea a consumidores de toda la Unión Europea, gracias a un único conjunto de normas de Derecho contractual. Esto aumentará la seguridad jurídica y creará un



entorno favorable a las empresas. Además, al suministrar contenidos digitales, las empresas evitarán el coste de la fragmentación jurídica que está surgiendo debido a la falta de normas aplicables a todo el territorio y al hecho de que algunos Estados miembros comienzan a aplicar legislación nacional específica; y, al vender productos, las empresas se ahorrarán los costes de adaptación a las normas de Derecho contractual de cada Estado miembro en donde los vendan. Por su parte, los consumidores tendrán acceso a ofertas de más comerciantes y, por tanto, se beneficiarán de una mayor variedad de productos a precios más competitivos; y tendrán derechos específicos con un alto nivel de protección al acceder a contenidos digitales y comprar productos en línea.