

Tecnología, medios y telecomunicaciones

Aviso a los proveedores de acceso a internet: las «tarifas cero» vulneran el Derecho comunitario

Según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las «tarifas cero» de acceso a internet suponen un tratamiento discriminatorio del tráfico que circula por la red contrario al artículo 3.3 del Reglamento (UE) 2015/2120.

ANA I. MENDOZA LOSANA

Profesora titular de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

El pasado 2 de septiembre, la Sala Octava del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó tres sentencias que se pronuncian sobre diversas cuestiones prejudiciales planteadas por distintos órganos judiciales alemanes y referentes a varias modalidades de «tarifas cero» de acceso a internet. Las sentencias referidas son las siguientes:

— Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 2 de septiembre del 2021, *Vodafone GmbH contra Bundesrepublik Deutschland*, asunto C-854/19, ECLI:EU:C:2021:675;

- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 2 de septiembre del 2021, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. contra Vodafone GmbH*, asunto C-5/20, ECLI:EU:C:2021:676;
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 2 de septiembre del 2021, *Telekom Deutschland GmbH contra Bundesrepublik Deutschland*, asunto C-34/20, ECLI:EU:C:2021:677.

El común denominador de las tres sentencias es el análisis, a la luz del Derecho comunitario,

de las ofertas denominadas *tarifa cero* de acceso a internet. En todas ellas se interpreta el artículo 3 del Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre del 2015, por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta y se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y el Reglamento (UE) n.º 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión.

1. **Prácticas comerciales analizadas: la tarifa cero y sus condiciones de aplicación**

En las tres sentencias citadas, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea precisa que «una opción tarifaria de “tarifa cero” es una práctica comercial mediante la cual un proveedor de acceso a internet aplica una “tarifa cero” o más ventajosa a la totalidad o a una parte del tráfico de datos asociado a una aplicación o a una categoría de aplicaciones específicas, propuestas por socios de dicho proveedor de acceso». Por lo tanto, estos datos no se imputan al volumen de datos comprado con la tarifa básica, lo que permite a los proveedores de acceso a internet hacer más atractivas sus ofertas.

En cada uno de los casos enjuiciados, la aplicación de la tarifa cero se somete a diferentes condiciones:

- En el primer caso (as. C-854/19), la aplicación de la tarifa cero se excluye en itinerancia, de modo que los datos usados fuera del territorio nacional sí computan como datos consumidos con cargo a la tarifa básica. Vodafone ofrece a sus clientes, como complemento de la tarifa básica, opciones tarifarias gratuitas

de tarifa cero llamadas *Vodafone Pass* (*Video Pass*, *Music Pass*, *Chat Pass* y *Social Pass*). Con estas opciones tarifarias se pueden utilizar servicios de empresas asociadas de Vodafone sin que el volumen de datos consumido por la utilización de esos servicios se impute al volumen de datos incluido en la tarifa básica. No obstante, la reducción de la velocidad de transmisión prevista al agotar el volumen de datos incluido en la tarifa básica se aplica también a la utilización de los servicios de las empresas asociadas. En este caso, las condiciones generales de contratación estipulan que estas opciones tarifarias sólo serán válidas en el territorio nacional. En el extranjero, el volumen de datos consumido por la utilización de los servicios de empresas asociadas sí se imputará al volumen de datos incluido en la tarifa básica.

- En el asunto C-5/20 se analiza la exclusión de la tarifa cero de los servicios a los que se accede mediante un anclaje de red. Como en el caso anterior, Vodafone ofrece a sus clientes, como complemento de la tarifa básica, opciones tarifarias gratuitas de tarifa cero, llamadas *Vodafone Pass* (*Video Pass*, *Music Pass*, *Chat Pass* y *Social Pass*), que permiten utilizar servicios de empresas asociadas de Vodafone sin que el volumen de datos consumido por la utilización de esos servicios se deduzca del volumen de datos incluido en la tarifa básica. En este caso, se analiza la siguiente cláusula tipo incluida en los contratos sujetos a tarifa cero: «El consumo de datos realizado mediante anclaje a red (punto de acceso inalámbrico o *hotspot*) [...] se imputará al volumen de datos de la tarifa». Se cuestiona si esta cláusula

vulnera el artículo 3, apartado 1, del Reglamento 2015/2120 en el sentido de que el derecho de los usuarios finales a utilizar los equipos terminales de su elección a través de su servicio de acceso a internet comprende también el derecho a disfrutar de dicho servicio por medio de un terminal directamente conectado a la interfaz de una red pública de telecomunicaciones (por ejemplo, un *smartphone* o una *tablet*), utilizando también otros dispositivos —como otra *tablet* o *smartphone*— que se conectan por medio de esos dispositivos (anclaje a red o *tethering*). La cuestionada cláusula supone que en el contrato no se ha prohibido el anclaje a red ni éste es objeto de restricciones técnicas, pero se ha estipulado que el volumen de datos utilizado mediante dicho anclaje a red, a diferencia del utilizado sin tal proceso, no estará incluido en la tarifa cero, sino que se facturará con arreglo a un volumen básico y, en caso de que éste sea superado, el exceso se facturará aparte.

- Por último, en el asunto C-34/20 se analiza una modalidad de tarifa cero cuya activación puede conllevar una limitación del ancho de banda. La empresa Telekom Deutschland GmbH ofrece a los clientes finales, para algunas de sus tarifas, una opción adicional (también denominada *add-option*) que consiste en una opción tarifaria gratuita de tarifa cero llamada *Stream On* (que inicialmente existía en las variantes *StreamOn Music*, *StreamOn Music Euratom Video*, *MagentaEINS StreamOn Music* y *MagentaEINS StreamOn Music&Video*). La activación de esta opción permite no imputar el volumen de datos consumido por el

streaming de audio y de vídeo difundido por socios de contenidos de Telekom al volumen de datos incluido en la tarifa básica; una vez que este volumen de datos se agota, generalmente se aplica una reducción de la velocidad de transmisión. Al activar la opción tarifaria *StreamOn*, el cliente final acepta una limitación del ancho de banda a una tasa máxima de 1,7 Mbit/s para el *streaming* de vídeo, ya se trate de vídeos difundidos por proveedores de contenidos asociados o por otros proveedores. El usuario final puede desactivar y reactivar esta opción tarifaria en cualquier momento. Para aplicar la opción tarifaria de que se trata, Telekom lleva a cabo una doble identificación del contenido consumido por el cliente final con el fin de comprobar, por una parte, si se trata de vídeos difundidos en *streaming* y, por otra, si el contenido puesto a disposición de ese cliente está incluido en dicha opción tarifaria. Esta identificación se efectúa sobre la base de direcciones IP (protocolo de internet) y URL (localizador uniforme de recursos), de protocolos, de SNI (indicación del nombre del servidor) y mediante concordancia de patrones (también denominada *pattern-matching*).

2. El artículo 3 del Reglamento (UE) 2015/2120

En síntesis, el artículo 3 del Reglamento (UE) 2015/2120 reconoce el derecho de los usuarios a una internet abierta (apartado 1), sin que los acuerdos comerciales entre proveedores de acceso a internet o entre éstos y sus clientes puedan restringir este derecho (apartado 2) o establecer restricciones o trato discriminatorio a los diversos tipos de tráfico y servicios que circulan por la red (apartado 3.1). Ello no obsta a la posibilidad

de que los proveedores de acceso a internet establezcan medidas razonables de gestión del tráfico basadas en razones técnicas o legales, pero nunca comerciales (apartados 3.II y III).

3. Las «tarifas cero» suponen una restricción discriminatoria al tráfico que circula por internet

En los tres casos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que las prácticas vulneran el artículo 3.3 del Reglamento 2015/2120, pues suponen diversas restricciones al derecho de acceso a internet —justificadas con razones exclusivamente comerciales y no técnicas— y entrañan un tratamiento discriminatorio al no imputar a la tarifa básica el tráfico con destino a aplicaciones asociadas. Por todo ello, dicho tribunal considera que esta práctica comercial «no cumple la obligación general de trato equitativo del tráfico, sin discriminación ni interferencia, enunciada en el artículo 3, apartado 3, párrafo primero, del Reglamento 2015/2120».

La doctrina de las tres sentencias se resume en las siguientes líneas:

1.º El artículo 3, apartado 1, del Reglamento 2015/2120, en relación con el considerando 6, establece el derecho de los usuarios finales no sólo a acceder a la información y contenidos, a usar aplicaciones y servicios y a distribuir información y contenidos a través de internet, sino también a ofrecer aplicaciones y servicios por la red. Según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las prácticas descritas vulneran el derecho de los usuarios a acceder a una internet abierta, definido éste como el derecho a acceder a la información y

contenidos, a distribuirlos y a utilizar y ofrecer aplicaciones y servicios sin discriminación a través de su servicio de acceso a internet.

2.º El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido ocasión de precisar que, cuando el comportamiento de un proveedor de servicios de acceso a internet es incompatible con el artículo 3, apartado 3, del Reglamento 2015/2120, es posible abstenerse de apreciar si ese comportamiento cumple las obligaciones derivadas del artículo 3, apartado 2, de dicho reglamento (véase, en este sentido, la Sentencia de 15 de septiembre del 2020, *Telenor Magyarország*, C-807/18 y C-39/19, EU:C:2020:708, apartado 28).

3.º Una opción tarifaria de tarifa cero como la controvertida en cualquiera de los litigios comentados efectúa una distinción en el tráfico de internet basada en consideraciones comerciales al no imputar a la tarifa básica el tráfico con destino a aplicaciones asociadas. Por consiguiente, esta práctica comercial no cumple la obligación general de trato equitativo del tráfico, sin discriminación ni interferencia, enunciada en el artículo 3, apartado 3, párrafo primero, del Reglamento 2015/2120.

4.º Dado que la opción tarifaria analizada es contraria a las obligaciones derivadas del artículo 3, apartado 3, del Reglamento 2015/2120, a juicio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, «esta contradicción subsiste con independencia de la forma o de la naturaleza de las condiciones de utilización vinculadas a las opciones tarifarias propuestas» (limitación del ancho de banda,

exclusión en itinerancia o limitación del anclaje a red).

- 5.º En general, las restricciones al tráfico basadas en la aplicación de la tarifa cero no se consideran «medidas razonables de gestión del tráfico» previstas en el artículo 3.3 del Reglamento (UE) 2015/2120, párrafos segundo y tercero, pues responden a razones puramente

comerciales (acuerdos entre el proveedor de acceso a internet y empresas asociadas proveedoras de aplicaciones), proscritas por el reglamento (véase el considerando 9). Este tipo de prácticas incurren en la prohibición del artículo 3.2 del reglamento, que prohíbe los acuerdos y prácticas comerciales que limiten el ejercicio de los derechos de los usuarios finales.