

## **EL TJUE ACABA CON LAS OFERTAS ILIMITADAS DE DATOS PARA CIERTAS APLICACIONES\***

*Elena Trujillo Villamor*  
*Centro de Estudios de Consumo*  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

*Fecha de publicación: 16 de noviembre de 2020*

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en la Sentencia de 15 de septiembre de 2020 ha resuelto dos asuntos acumulados C-807/18 y C-39/19 con similares supuestos.

El TJUE ha interpretado el Reglamento 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una Internet abierta (en adelante, Reglamento 2015/2120)<sup>1</sup>. Ha declarado que el hecho de establecer diversos paquetes comerciales que diferencien el consumo de datos según el tipo de aplicación, ralentizando algunas aplicaciones mientras que otras disfrutan de un uso ilimitado son incompatibles con el artículo 3.2 interpretado de manera conjunta con el artículo 1 y con el artículo 3.3 del Reglamento 2015/2120 debido a que constituyen

---

\* Trabajo realizado en el marco del Contrato con referencia 2020-COB-9847 financiado con cargo al Proyecto Convenio de colaboración entre la UCLM y el Ilustre Colegio Notarial De Castilla-La Mancha (17 enero 2014) (OBSV) con referencia CONV140025, que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera; en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social", dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato; a la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2020-GRIN-29156, denominado "Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco" (GIPAC) y a la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha" (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana.

<sup>1</sup> DOUE, 25 de noviembre de 2015.

una limitación de los derechos de los usuarios finales y solo se basan en consideraciones comerciales.

## **1. Antecedentes**

Las cuestiones prejudiciales versan sobre dos paquetes comerciales ofertados por una de las compañías más relevante del sector de la tecnología de la información en Hungría, Telenor.

### **1.1 MyChat**

MyChat es un paquete ofertado que consiste en el disfrute de 1 GB con acceso libre a todas las aplicaciones y servicios hasta su agotamiento, quedando fuera del cómputo de este volumen de datos seis aplicaciones: Facebook, Facebook Messenger, Instagram, Twitter, Viber y WhatsApp. A estas seis aplicaciones, el paquete comercial de MyChat les aplica la *tarifa cero*. Esto significa, que una vez consumido 1 GB, todas las aplicaciones y servicios disponibles serán objeto de ralentizaciones del tráfico excepto estas seis aplicaciones, que podrán seguir siendo utilizados sin ningún tipo de ralentización.

### **1.2 MyMusic**

MyMusic es un paquete ofertado a través de tres formatos (MyMusic Start, MyMusic Nonstop y MyMusic Deezer) que consiste en la posibilidad de escuchar música en línea utilizando en particular cuatro aplicaciones (Apple Music, Deezer, Spotify y Tidal) y seis servicios de radio. El uso de estos seis servicios de radio y cuatro aplicaciones no contará para el cómputo del límite de datos contratados, además, una vez agotado este límite de datos estos seis servicios de radio y cuatro aplicaciones no se verán afectados por ninguna ralentización del tráfico, al contrario que el resto de aplicaciones y servicios que sí se verán sometidos a medidas de bloqueo.

## **2. Argumentos de las partes**

La Oficina Nacional de Medios y Comunicaciones de Hungría (en adelante, ONMC) consideró que ambos paquetes comerciales ofertados por Telenor eran contrarios al artículo 3 del Reglamento 2015/2120 que prohíbe cualquier gestión del tráfico contrario a las exigencias del trato equitativo y no discriminatorio.

Telenor recurrió las resoluciones del Presidente de la ONMC ante el Tribunal General de la Capital sosteniendo las siguientes afirmaciones:



- Los paquetes comerciales MyMusic y MyChat no están dentro del ámbito de aplicación del artículo 3.3. del Reglamento 2015/2120 porque este artículo solo se refiere a las medidas de gestión de tráfico aplicadas de forma unilateral por los proveedores de servicios de acceso a Internet y no a los acuerdos entre proveedores de servicios de acceso a Internet y usuarios finales.
- Los paquetes MyMusic y MyChat deben estudiarse a la luz del cumplimiento del artículo 3.2 del Reglamento 2105/2120, ya que se trata de acuerdos celebrados entre proveedores de servicios de acceso a Internet y usuarios finales y no son aplicados de forma unilateral.
- En cualquier caso, se debería evaluar si estos paquetes comerciales afectan al ejercicio de los derechos de los usuarios finales.

El Presidente de la ONMC alega en contraposición:

- En aras de conocer si la controversia es objeto de estudio bajo el artículo 3.2 o 3.3 del Reglamento 2105/2120 es irrelevante la forma que revista el comportamiento contrario a las exigencias de trato equitativo, es decir, es indiferente si se trata de un acuerdo concreto entre el proveedor de servicio y el usuario final o un acuerdo aplicado por el proveedor de servicio de forma unilateral, lo relevante para conocer bajo qué artículo se debe estudiar las correspondientes ofertas depende precisamente de su contenido discriminatorio.
- Por ello, considera que no es necesario evaluar la incidencia sobre el ejercicio de los derechos de los usuarios finales ya que el artículo 3.3 prohíbe cualquier medida de gestión discriminatoria del tráfico indistintamente si se trata de un acuerdo aplicado de forma unilateral o acordado por el proveedor de servicio a Internet y el usuario final.

El Tribunal General de la Capital de Hungría considera que existe un problema jurídico que no puede resolver a la luz de la falta de interpretación del Reglamento 2015/2120.

Desconoce si resulta de aplicación el artículo 3.2, el artículo 3.3. o ambos preceptos del Reglamento a los paquetes comerciales ofertados por un proveedor de servicio de acceso a Internet a través de acuerdos celebrados con los usuarios finales donde se apliquen a algunas aplicaciones la *tarifa cero*, mientras que a otras no.

Además, añade que a pesar de conocer cuál sería el artículo de aplicación para este supuesto tampoco sabría la metodología a seguir para comprobar si estos comportamientos son compatibles con el Reglamento 2015/2120.

Por todo ello, resuelve presentar varias cuestiones prejudiciales ante el TJUE.

### 3. Cuestiones prejudiciales

Las cuestiones prejudiciales pueden diferenciarse en dos grupos, por un lado:

- El acuerdo entre el proveedor de servicios de acceso a Internet y el usuario final que aplica una *tarifa cero* a determinadas aplicaciones, esto es, que no contabilizan a efectos de consumo de datos contratados y que cuando estos son consumidos no se ralentiza la velocidad de estas aplicaciones, ¿está dentro del ámbito de aplicación del artículo 3.2 del Reglamento 2015/2120<sup>2</sup>?
- En el caso de que estos acuerdos no estén dentro del ámbito de aplicación del artículo 3.2 del Reglamento 2015/2120 y por tanto se encuentren dentro del ámbito de aplicación del artículo 3.3 del Reglamento, para que exista una infracción ¿es necesaria una evaluación del impacto en el mercado para determinar si estos comportamientos limitan efectivamente los derechos del usuario final?

De otro lado,

- ¿La prohibición del artículo 3.3 del Reglamento 2015/2120 es de carácter general con independencia de si el proveedor de servicios de acceso a Internet establece diferencias entre determinadas aplicaciones mediante un acuerdo con el usuario final o una práctica comercial<sup>3</sup>?
- En el caso de que la prohibición del artículo 3.3 del Reglamento sea general ¿no hay que llevar a cabo una evaluación del mercado y del impacto en el ejercicio de los derechos de los usuarios finales para apreciar la discriminación? Es decir, ¿bastaría el mero hecho de que exista una discriminación?

### 4. Doctrina del TJUE

El Reglamento 2015/2120 persigue garantizar el trato equitativo y no discriminatorio del tráfico en la prestación de servicios de acceso a Internet salvaguardando finalmente los derechos de los usuarios finales. Se fomenta con esta normativa la capacidad de los

---

<sup>2</sup> Art. 3.2; “Los acuerdos entre los proveedores de servicios de acceso a internet y los usuarios finales sobre condiciones comerciales y técnicas y características de los servicios de acceso a internet como el precio, los volúmenes de datos o la velocidad, así como cualquier práctica comercial puesta en marcha por los proveedores de servicios de acceso a internet, no limitarán el ejercicio de los derechos de los usuarios finales establecidos en el apartado 1”.

<sup>3</sup> Art. 3.3; “Los proveedores de servicios de acceso a internet tratarán todo el tráfico de manera equitativa cuando presten servicios de acceso a internet, sin discriminación, restricción o interferencia, e independientemente del emisor y el receptor, el contenido al que se accede o que se distribuye, las aplicaciones o servicios utilizados o prestados, o el equipo terminal empleado...”.

usuarios finales para acceder a la información y distribuirla o ejecutar aplicaciones y servicios de su elección.

Es el primer marco normativo europeo que tiene como objetivo principal alcanzar la neutralidad en la red o “Internet abierta”, esto es el acceso sin restricciones, para todos los usuarios, desde cualquier dispositivo e independientemente de la tecnología utilizada y garantizar el funcionamiento de Internet como motor de innovación.

#### **4.1. ¿La *tarifa cero* se encuentra dentro del ámbito de aplicación del artículo 3.2 del Reglamento 2015/2120?**

El artículo 3.2 del Reglamento contempla la prohibición de limitar los derechos de los usuarios finales reconocidos en el artículo 3.1 del Reglamento<sup>4</sup> tanto a través de los acuerdos del proveedor de servicios de acceso a Internet con el usuario final como de las prácticas comerciales del proveedor.

Es cierto, que estas prácticas comerciales pueden incluir combinaciones específicas para dar respuesta a las preferencias de los potenciales clientes, pero no deben limitar el ejercicio de los derechos de los usuarios finales.

Según el TJUE, estos paquetes ofrecidos por Telenor deben calificarse de práctica comercial a la luz del artículo 3.2 del Reglamento y a su vez, la celebración de estos acuerdos con una parte significativa del mercado puede limitar el ejercicio de los derechos de los usuarios finales en el sentido del artículo 3.2 del Reglamento.

Por todo ello, el TJUE declara que estos acuerdos de *tarifa cero* son incompatibles con el artículo 3.2 del Reglamento 2015/2120 interpretado conjuntamente con su apartado 1, dado que estos paquetes comerciales limitan el ejercicio de los derechos de los usuarios finales.

#### **4.2. ¿La prohibición del artículo 3.3 del Reglamento 2015/2120 es de carácter general? En el caso de que así sea, ¿se debe realizar una evaluación del impacto de los derechos de los usuarios finales en el mercado para apreciar la discriminación?**

El TJUE establece que a los comportamientos que incluyen medidas de bloqueo o ralentización del tráfico asociado a la utilización de ciertas aplicaciones y de ciertos servicios se les aplica el artículo 3.3 con independencia de que estos comportamientos

---

<sup>4</sup> “Los usuarios finales tendrán derecho a acceder a la información y contenidos, así como a distribuirlos, usar y suministrar aplicaciones y servicios y utilizar los equipos terminales de su elección, con independencia de la ubicación del usuario final o del proveedor o de la ubicación, origen o destino de la información, contenido, aplicación o servicio, a través de su servicio de acceso a internet”.



hayan sido establecidos mediante una práctica comercial o mediante un acuerdo con un usuario final, ya que, a la luz del considerando 8 del Reglamento, tratar el tráfico de manera equitativa y sin discriminación es una obligación general. Por tanto, la prohibición del artículo 3.3 es de carácter general.

No obstante, para los proveedores de servicios de acceso a Internet existe posibilidad de aplicar medidas razonables de gestión del tráfico a pesar de estar sujetos a esta obligación general. Según el considerando 9 del Reglamento, se podrán aplicar medidas de gestión de tráfico siempre que sean medidas transparentes, no discriminatorias, proporcionadas y no basadas en consideraciones comerciales.

Además, el artículo 3 del Reglamento establece ciertas excepciones para poder aplicar medidas razonables de gestión del tráfico:

- a) Basarse en requisitos objetivamente diferentes de calidad técnica del servicio para categorías específicas de tráfico.
- b) Para caso necesario y únicamente durante el tiempo necesario para cumplir los actos legislativos de la Unión.
- c) Para caso necesario y únicamente durante el tiempo necesario para preservar la integridad y la seguridad de la red.
- d) Para caso necesario y únicamente durante el tiempo necesario para evitar la inminente congestión de la red.

En el caso concreto, estas medidas no se basan en diferencias objetivas, ni se hayan dentro de las excepciones del artículo 3.3. del Reglamento, sino que se basan en consideraciones comerciales.

En cuanto a la necesaria evaluación del mercado y del impacto en el ejercicio de los derechos de los usuarios finales, el TJUE determina que no es necesaria ya que el artículo 3.3 del Reglamento no establece este requisito para apreciar el cumplimiento de la obligación general establecida.

En conclusión, el TJUE declara incompatible con el artículo 3.3 del Reglamento 2015/2120 los acuerdos celebrados entre el proveedor de servicios de acceso a Internet y los usuarios finales donde se pueden contratar un volumen de datos determinado sin que contabilicen ciertas aplicaciones y servicios específicos al consumo de ese volumen de datos contratados, y una vez agotado este volumen de datos, se pueda seguir utilizando estas determinadas aplicaciones sin restricciones mientras que a las demás aplicaciones y servicios se les aplican medidas de ralentización.



## 5. La relevancia del concepto “usuario final”

El usuario final se definió en el artículo 2 de Directiva 2002/21/CE del parlamento europeo y del consejo de 7 de marzo de 2002<sup>5</sup> relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas<sup>6</sup> como “el usuario que no suministra redes públicas de comunicaciones o servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público”. En el supuesto enjuiciado por el TJUE goza de gran relevancia este concepto para comprender por qué es tan importante salvaguardar la neutralidad en la red evitando las prácticas comerciales que generan trato discriminatorio entre aplicaciones y servicios, las cuales se encuentran prohibidas por el artículo 3 del Reglamento 2015/2120.

“Usuario final” es un concepto que aglutina tanto a consumidores finales como a consumidores profesionales. Esto quiere decir que se considerarán usuarios finales a las personas físicas o jurídicas que contratan un paquete de datos para la utilización propia de diversas aplicaciones sin ningún tipo de ánimo de lucro (por ejemplo, una familia que contrata un paquete de datos para satisfacer sus necesidades personales) y a su vez a las personas físicas o jurídicas que contratan un paquete de datos para ampliar precisamente esa Internet abierta, incorporando nuevo contenido, información, servicios, etc<sup>7</sup>. Así se incluyen en este concepto un despacho de abogados que contrata un paquete de datos para facilitar la comunicación entre estos operadores jurídicos y los juzgados, un *influencer* que contrata la conexión para llegar a millones de personas y de paso, hacer rentable publicidad de bienes o servicios; o un proveedor de redes sociales, de contenidos audiovisuales (ej. *Youtube*) o una plataforma de comercio electrónico (ej *Amazon*) que precisa de las redes y servicios de telecomunicaciones para llegar a sus millones de clientes.

Lo que verdaderamente hace que Internet constituya un medio abierto y neutral es la capacidad para que nuevos usuarios puedan seguir creando contenido para ampliar esa red y que a su vez los consumidores puedan tener acceso a esas novedades sin restricciones ni bloqueos en comparación con otras aplicaciones (más utilizadas y con un importante conocimiento popular de las mismas).

---

<sup>5</sup> Modificada por Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009.

<sup>6</sup> DOCE, núm. 108, 24 de abril de 2002.

<sup>7</sup> MENDOZA LOSANA, A.I., “Telecomunicaciones, ¿sector sin ley? Informe sobre las quejas y reclamaciones de los usuarios de servicios de telecomunicaciones en Castilla-La Mancha” Web del Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha (<http://www.uclm/cesco.es/>). Junio 2007. Págs. 8-9.



Debido a las prácticas comerciales llevadas a cabo por Telenor se aplicaba una tarifa ilimitada de datos a las aplicaciones con más reconocimiento en detrimento de contenidos menos conocidos, lo que finalmente no solo afecta a los consumidores sino a los usuarios finales en su conjunto que no ven posibilidades en la innovación o la aportación de nuevo contenido o servicio si va a ser de alguna forma discriminado.

Esto provoca a su vez que los consumidores dispongan de un menor abanico de posibilidades en cuanto a aplicaciones y servicios, con lo cual el principio de neutralidad de la red quedaría vacío de contenido.

## **6. Incompatibilidad de los paquetes comerciales *tarifa cero* con el Reglamento 2015/2120**

El Reglamento 2015/2120 nace con la finalidad de garantizar un trato equitativo y no discriminatorio del tráfico en la prestación de servicios de acceso a Internet y a salvaguardar los derechos de los usuarios finales.

La práctica comercial llevada a cabo por Telenor reduce la utilización de las aplicaciones excluidas del beneficio de la *tarifa cero* debido a que el proveedor de servicios de acceso a Internet hace la utilización de esas aplicaciones técnicamente más difícil o incluso imposible.

El TJUE, persiguiendo la salvaguarda de la neutralidad en los servicios ofrecidos en Internet y en última instancia la protección de los ciudadanos señala que cuanto mayor es el número de clientes que acuerdan contratar estos paquetes comerciales ofertados, mayor es la posibilidad de que esos acuerdos provoquen una limitación relevante del ejercicio de los derechos de los usuarios finales.

Alcanzar la neutralidad de la red es tan relevante debido a que a través de Internet no solo se innovan y crecen negocios y socializamos, sino que a través de Internet expresamos nuestras opiniones y pensamientos, por lo que es fundamental que la red respete la libertad en particular, las libertades de expresión y de información y en general los derechos fundamentales de las personas y esto solo pasa por conseguir la neutralidad de la red<sup>8</sup>.

El hecho de alcanzar la neutralidad en la red en último lugar es un garante de la salvaguarda de los derechos fundamentales por lo siguiente: si el mercado lo ocupan siempre las mismas aplicaciones y no se permite o desincentiva crear nuevo contenido (por ejemplo el acceso a *facebook* es gratuito y a otras aplicaciones de igual contenido el acceso es de pago), vulneraría en último lugar el derecho a la libertad de las personas que

---

<sup>8</sup> FUERTES, M., “Urge explicar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea el principio de neutralidad de la Red”, *LA LEY Unión Europea*, núm. 85, 1 de octubre de 2020.



finalmente siempre consumiríamos los mismos contenidos y servicios sin poder elegir otras opciones y sin tener la posibilidad de crear nuevos, “orientando” en último lugar la opinión pública. Asimismo, no es menos cierto que la finalidad inmediata del principio de neutralidad es un tema de competencia para intentar que las aplicaciones más populares no abarquen el mercado por completo.

Así, se puede concluir que la neutralidad de la red tiene una doble finalidad, ser garante de los derechos fundamentales y ser un instrumento para preservar la competencia en el mercado.

De esta manera, el TJUE considera que la oferta de estos paquetes comerciales desincentiva la utilización de las aplicaciones y servicios no afectos al uso ilimitado de datos, ya que una vez agotado el volumen de datos contratado se ralentiza su uso haciendo casi imposible técnicamente la utilización de esas aplicaciones o servicios. Todo esto en último lugar podría conllevar una reducción en la oferta de aplicaciones o servicios que se ven desincentivados por este tipo de prácticas comerciales, lo que en último término conllevaría una reducción en el acceso a contenidos disponibles en Internet por parte de los usuarios finales<sup>9</sup>.

El TJUE considera que según el artículo 5 del Reglamento, corresponde a las autoridades nacionales determinar, en cada caso particular, si el comportamiento de un proveedor de servicios de acceso a Internet le resulta de aplicación, según sus características, el artículo 3.3 o 3.2 del Reglamento. Por ello, en caso de que una autoridad nacional considere que un comportamiento concreto de un proveedor es incompatible con el artículo 3.3 del Reglamento, no será necesario evaluar la incompatibilidad de ese comportamiento con el artículo 3.2 del Reglamento.

En conclusión, el TJUE declara la incompatibilidad con el artículo 3 del Reglamento de los paquetes establecidos por un proveedor de servicios de accesos a Internet a través de acuerdos celebrados con usuarios finales, donde se contrata un volumen de datos determinado sin que contabilicen ciertas aplicaciones y servicios específicos al consumo de ese volumen de datos contratados (lo que se conoce como *tarifa cero*), y una vez agotado ese volumen de datos, se pueda seguir utilizando estas determinadas aplicaciones sin restricciones mientras que a las demás aplicaciones y servicios se les aplican medidas de bloqueo o ralentización, haciendo muy difícil técnicamente su uso.

---

<sup>9</sup> TORREGROSA VÁZQUEZ, J., “Adiós a los servicios de zero rating en la Unión Europea en favor de la neutralidad de la red”, *Derecho digital e innovación*, núm. 6, julio-septiembre 2020.