

**PARADOJAS DEL MERCADO EN COMPETENCIA:
LAS «TARIFAS CERO» DE ACCESO A INTERNET VULNERAN LOS DERECHOS
DE LOS USUARIOS***

Ana Isabel Mendoza Losana**
Profesora Titular de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 8 de septiembre de 2021

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 derecho del usuario al acceso a una red abierta y neutral.

1. Introducción

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 aplicadas por diferentes empresas alemanas y sujetas a diversas condiciones de aplicación. Las sentencias referidas son las siguientes:

* Trabajo realizado 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”, del que son investigadores principales el profesor Ángel Carrasco Perera y la profesora 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 del que soy Investigadora Principal con el profesor Ángel Carrasco Perera.

** ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-1207-2322>



- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 2 de septiembre de 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 de 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 de 2021. *Telekom Deutschland GmbH contra Bundesrepublik Deutschland*, Asunto C-34/20, ECLI:EU:C:2021:677.

Sin necesidad de entrar en detalles sobre cada uno de los procesos, se extrae la doctrina reiterada en todas ellas. El común denominador es el análisis de una práctica frecuente, como es la «tarifa cero» de acceso a Internet, a la luz del Derecho Comunitario (Reglamento (UE) 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 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)².

2. Prácticas comerciales cuestionadas: la «tarifa cero» y sus condiciones de aplicación

En las tres sentencias, el TJUE 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 (asunto 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»

² DO 2015, L 310, p. 1.

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 solo serán válidas en el territorio nacional. En el extranjero, el volumen de datos consumido por la utilización de los servicios de empresas asociadas 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). 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 deduzca del volumen de datos incluido en la tarifa básica. En este caso, se analiza la siguiente cláusula tipo incluida en las condiciones generales de contratación: «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 este 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 este 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, ello conlleva generalmente 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»).

3. Fundamento jurídico: el artículo 3 del Reglamento (UE) 2015/2120

En síntesis, dicho artículo 3 reconoce el derecho de los usuarios a una internet abierta (apartado 1³), sin que los acuerdos comerciales entre proveedores de acceso a Internet o entre estos y sus clientes puedan restringir este derecho (apartado 2⁴) o establecer restricciones o trato discriminatorio a los diversos tipos de tráfico y servicios que circulan por la red (apartado 3.I⁵), sin perjuicio de 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 (apartado 3.II y III⁶).

³ «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».

⁴ «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».

⁵ «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».

⁶ «Lo dispuesto en el párrafo primero no impedirá que los proveedores de servicios de acceso a internet apliquen medidas razonables de gestión del tráfico. Para ser consideradas razonables, dichas medidas deberán ser transparentes, no discriminatorias y proporcionadas, y no podrán basarse en consideraciones comerciales, sino en requisitos objetivamente diferentes de calidad técnica del servicio para categorías

4. Conclusión: las «tarifas cero» suponen una restricción discriminatoria al tráfico que circula por Internet

En los tres casos, el TJUE considera que las prácticas vulneran el artículo 3.3 del Reglamento 2015/2120, pues suponen diversas restricciones al derecho de acceso a internet, justificada en razones exclusivamente comerciales y no técnicas, que vulneran el derecho de los usuarios al acceso a una internet abierta y suponen un tratamiento discriminatorio al no imputar a la tarifa básica el tráfico con destino a aplicaciones asociadas. Por todo ello, el TJUE 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:

- 1ª. El artículo 3, apartado 1, del Reglamento 2015/2120 en relación con el considerando 6, establece el derecho de los usuarios finales no solo 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 TJUE, las prácticas descritas vulneran el derecho de los usuarios a acceder a una internet abierta, definido 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.
- 2ª. El TJUE 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

específicas de tráfico. Dichas medidas no supervisarán el contenido específico y no se mantendrán por más tiempo del necesario.

Los proveedores de servicios de acceso a internet no tomarán medidas de gestión del tráfico que vayan más allá de las recogidas en el párrafo segundo y, en particular, no bloquearán, ralentizarán, alterarán, restringirán, interferirán, degradarán ni discriminarán entre contenidos, aplicaciones o servicios concretos o categorías específicas, excepto en caso necesario y únicamente durante el tiempo necesario para:

- a) cumplir los actos legislativos de la Unión o la legislación nacional acorde con la de la Unión, a la que el proveedor de servicio de acceso a internet esté sujeto, o las medidas que cumplan dicho derecho de la Unión para hacer efectivos actos legislativos de la Unión o de la legislación nacional, incluidas las sentencias de tribunales o autoridades públicas investidas con los poderes pertinentes;
- b) preservar la integridad y la seguridad de la red, los servicios prestados a través de ella y los equipos terminales de los usuarios finales;
- c) evitar la inminente congestión de la red y mitigar los efectos de congestiones de la red excepcionales o temporales, siempre que categorías equivalentes de tráfico se traten de manera equitativa».



- 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 de 2020, Telenor Magyarország, C-807/18 y C-39/19, EU:C:2020:708, apartado 28).
- 3ª. Una opción tarifaria de «tarifa cero» como la controvertida en cualquiera de los litigios comentados realiza 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.
- 4ª. Dado que la opción tarifaria analizada es contraria a las obligaciones derivadas del artículo 3, apartado 3, del Reglamento 2015/2120, a juicio del TJUE «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).
- 5ª. 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 (v. 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.