

Asunto C-5/20

Petición de una decisión prejudicial:

Fecha de presentación:

7 de enero de 2020

Órgano jurisdiccional remitente:

Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Düsseldorf, Alemania)

Fecha de la resolución de remisión:

17 de diciembre de 2019

Parte demandante, apelante y recurrida en apelación:

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände
— Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

Parte demandada, apelante y recurrida en apelación:

Vodafone GmbH

[*omissis*]

**OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF (TRIBUNAL SUPERIOR
REGIONAL DE LO CIVIL Y PENAL DE DÜSSELDORF)**

RESOLUCIÓN

En el litigio entre

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände —
Verbraucherzentrale Bundesverband e. V., [*omissis*] Berlín,

parte demandante, apelante y recurrida en apelación,

[*omissis*]

y

Vodafone GmbH, [*omissis*]

[*omissis*] Düsseldorf

parte demandada, apelante y recurrida en apelación,

[*omissis*]

Con intervención de:

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation und Eisenbahnen,
[*omissis*] Bonn,

la Sala Vigésima de lo Civil del Oberlandesgericht Düsseldorf [*omissis*], tras oír a las partes, el 17 de diciembre de 2019

ha resuelto:

I.

Suspender el procedimiento.

II.

El Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Düsseldorf), remite al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación del 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 (en lo sucesivo, «Reglamento TSM»; DO 2015, L 310, p. 1):

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 3, apartado 1, del Reglamento TSM 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* (“anclaje a red”)?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión:

¿Debe interpretarse el artículo 3, apartados 1 y 2, de dicho Reglamento en el sentido de que constituye una restricción ilícita del derecho del usuario a utilizar el equipo terminal de su elección la situación en la cual no se ha prohibido en el contrato 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 plana, sino que se facturará con arreglo a un volumen básico y, en caso de que este sea superado, el exceso se facturará aparte?»

Fundamentos

- 1 La demandante es una confederación que engloba a las dieciséis asociaciones de consumidores existentes en Alemania y a otras veinticinco organizaciones de orientación social y de defensa de los consumidores. Está incluida en la lista de entidades habilitadas de conformidad con el artículo 4 de la Unterlassungsklagegesetz (Ley relativa a las acciones de cesación).
- 2 La demandada es un proveedor de servicios de telefonía móvil. Para algunas de sus tarifas de telefonía móvil, ofrece los llamados «Vodafone Pass» («Chat-Pass», «Social-Pass», «Music-Pass» y «Video-Pass»). Desde octubre de 2017, todo cliente puede elegir gratuitamente un «Pass» al suscribir un contrato básico; por cada «Pass» adicional, debe pagar un suplemento. Con uno de estos «Pass», el consumidor puede utilizar determinados servicios móviles mediante una serie de aplicaciones seleccionadas al efecto por la demandada, sin que el volumen de datos utilizado en dichos servicios se impute al volumen de datos básico correspondiente a su tarifa de telefonía móvil. En sus condiciones generales de contratación se dice lo siguiente:
 - «b) El consumo de datos realizado mediante anclaje a red (hotspot) [...] se imputará al volumen de datos de la tarifa.
 - c) El «Vodafone Pass» solo es válido en el territorio nacional. En el extranjero, el uso de las aplicaciones incluidas en el «Pass» se imputará al volumen de datos de la tarifa.»
- 3 La demandante ha impugnado estas cláusulas, además de otras que no son pertinentes. En su opinión, son incompatibles, respectivamente, con el artículo 3 del Reglamento TSM [cláusula b)] y con el artículo 6 *bis* del Reglamento (UE) n.º 531/2012, en su versión modificada por el Reglamento (UE) 2015/2120 (Reglamento de *roaming*) [cláusula c)]. La demandada ha contestado oponiéndose.
- 4 La Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (Agencia federal de redes de electricidad, gas, telecomunicaciones, correos y ferrocarriles; en lo sucesivo, «Bundesnetzagentur»), autoridad supervisora competente, sobreseyó un procedimiento relativo a la cláusula b), pero, en relación con la cláusula c), dictó una orden de cesación por infracción del artículo 6 *bis* del Reglamento de *roaming*. El recurso interpuesto por la demandada ante el Verwaltungsgericht Köln (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Colonia, Alemania) está aún pendiente de resolución. Este tribunal suspendió el procedimiento mediante resolución de 18 de noviembre de 2019 [*omissis*] y remitió al Tribunal de Justicia una extensa petición de decisión prejudicial sobre la interpretación del Reglamento de *roaming*.

- 5 El Landgericht (Tribunal Regional de lo Civil y Penal), tras oír a la Bundesnetzagentur (en lo que atañe a la petición de decisión prejudicial), ha condenado a la demandada a cesar en la inclusión de la cláusula c) en los contratos de telefonía móvil y ha desestimado la demanda por lo que respecta a la cláusula b).
- 6 En relación con la cláusula b), consideró que ni se excluye contractualmente el anclaje a red ni este se imposibilita técnicamente, pues entiende que la cláusula b) no se dirige contra determinados equipos terminales, sino que hace que el uso de otros terminales mediante el anclaje a red, independientemente de su tipo y origen, sea económicamente menos atractivo. Además, la tarjeta SIM con la que se utiliza el «Pass» (siempre que sea técnicamente posible) se puede introducir también en otros terminales.
- 7 En cambio, dicho tribunal considera que la cláusula c) es nula, porque vulnera el artículo 6 *bis* del Reglamento de *roaming*. La tarifa básica y el «Pass» constituyen una única prestación de un servicio regulado de *roaming* de datos; el «Vodafone Pass» solo se puede contratar junto con la tarifa básica, y no existe la posibilidad de mantenerlo de forma independiente una vez se haya extinguido el contrato de tarifa básica.
- 8 Contra esta resolución han interpuesto las partes sendos recursos de apelación, en lo que resulta contrario a sus respectivos intereses. La Bundesnetzagentur ha presentado observaciones. La resolución del litigio depende de la interpretación que se haga de las disposiciones citadas en las cuestiones prejudiciales. Por lo que respecta a la cláusula c), esta Sala renuncia a presentar una nueva petición de decisión prejudicial relativa a la misma cláusula que la que es objeto de la presentada por el Verwaltungsgericht Köln (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Colonia) (véase el apartado 4).
- 9 Las dos cuestiones prejudiciales se refieren a la legalidad de la cláusula b), sobre anclaje a red, a la luz del artículo 3 del Reglamento TSM. El anclaje a red es objeto de debate entre las partes en un doble supuesto:
 - Por un lado, en el supuesto de que el terminal móvil se utilice como *router* y desde él se retransmitan los datos a otro dispositivo (de forma inalámbrica o por cable).
 - Por otro lado, el supuesto de que el terminal móvil se conecte a un *router LTE* móvil de modo que este posibilite el acceso a internet por medio del terminal móvil.

Sobre la primera cuestión

- 10 La primera cuestión prejudicial trata del problema, objeto de controversia entre las partes, de si el artículo 3, apartado 1, del Reglamento TSM regula o no la

utilización simultánea de varios terminales (conectados directa e indirectamente a la red pública de telecomunicaciones).

- 11 La demandante considera que el artículo 3, apartado 1, del Reglamento TSM regula también la posibilidad de utilización simultánea de varios terminales, tal como evidencia el uso del plural (al igual que el considerando 4 del mismo Reglamento). Alega, además, que el considerando 5 del Reglamento TSM se remite al artículo 1 de la Directiva 2008/63/CE, con arreglo al cual son equipos terminales los equipos conectados tanto directa como indirectamente a la interfaz de una red pública de telecomunicaciones. En apoyo de esta interpretación, alude también a las «BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules» (Directrices del BEREC sobre la aplicación de las normas de la Neutralidad de la Red en Europa por las entidades reguladoras) [BoR (16) 127]. En su apartado 27, estas disponen lo siguiente:

«For example, the practice of restricting tethering is likely to constitute a restriction on the use of terminal equipment connecting to the network.»

Según la demandante, estas Directrices deben tenerse especialmente en cuenta al interpretar el Reglamento TSM, pues, de conformidad con el Reglamento (UE) 2018/1971, el BEREC debe servir expresamente para simplificar las prácticas reguladoras dentro de la Unión. La Bundesnetzagentur coincide en tal consideración.

- 12 En cambio, la demandada considera que el artículo 3 del Reglamento TSM no regula el derecho a utilizar simultáneamente cuantos terminales se desee, incluidos los que no soportan telefonía móvil y los terminales de terceros. En su opinión, tal interpretación significaría que un número muy elevado de terceros también se podrían beneficiar en la práctica de los servicios del proveedor de telefonía móvil, dando lugar a una ampliación abusiva de tales servicios. Del considerando 5 se deduce, a su juicio, que se trata únicamente de los terminales «de conexión a la red».

Sobre la segunda cuestión

- 13 En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión prejudicial, se plantea también la cuestión de si la cláusula b) constituye una «limitación» en el sentido del artículo 3, apartado 2, del Reglamento TSM.
- 14 El Landgericht (Tribunal Regional de lo Civil y Penal) consideró que la cláusula no prohíbe el anclaje a red, sino que lo sigue permitiendo (también en sentido técnico) aunque lo dificulte económicamente.
- 15 En cambio, la demandante entiende que el mero hecho de que se nieguen ventajas económicas que ordinariamente se conceden constituye una «limitación». En su opinión, basta la existencia de cualquier tipo de perjuicio económico que afecte al anclaje a red.

- 16 La Bundesnetzagentur considera que, ciertamente, puede darse una «limitación» no solo en caso de una exclusión técnica o contractual del anclaje a red, dependiendo, en cualquier caso, de las consecuencias que se produzcan. A este respecto, se remite al apartado 45 (y a las aclaraciones adicionales de los apartados 46 a 48) de las Directrices del BEREC citadas en el apartado 1[1] de la presente resolución:

«When assessing whether an ISP limits the exercise of rights of end-users, NRAs should consider to what extent end-users' choice is restricted by the agreed commercial and technical conditions or the commercial practices of the ISP. It is not the case that every factor affecting end-users' choices should necessarily be considered to limit the exercise of end-users' rights under Article 3 (1). The Regulation also foresees intervention in case such restrictions result in choice being materially reduced, but also in other cases that could qualify as a limitation of the exercise of the of the end-users' rights under Article 3 (1).»

En el presente asunto, se ha de tener en cuenta, según la Bundesnetzagentur, que la cláusula b) no afecta a unos equipos terminales determinados, sino a todos los demás terminales de cualquier tipo y origen. Además, los usuarios que disponen de tarifa plana de red fija —añade— utilizan esta última y no los dispositivos móviles para recurrir al anclaje a red.

[*omissis*]