

Asunto C-34/20

Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia

Fecha de presentación:

24 de enero de 2020

Órgano jurisdiccional remitente:

Verwaltungsgericht Köln (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Colonia, Alemania)

Fecha de la resolución de remisión:

20 de enero de 2020

Parte recurrente:

Telekom Deutschland GmbH

Parte recurrida:

Bundesrepublik Deutschland (República Federal de Alemania)

Objeto del procedimiento principal

Telecomunicaciones, tarifas de telefonía móvil, «streaming» de vídeo, ralentización de una categoría de servicios

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

Interpretación del Derecho de la Unión, artículo 267 TFUE

Cuestiones prejudiciales

1) a) ¿Debe interpretarse el artículo 3, apartado 2, del Reglamento (UE) 2015/2120 en el sentido de que los acuerdos sobre las características de los servicios de acceso a Internet a que se refiere dicha disposición deben satisfacer las exigencias del artículo 3, apartado 3, del mismo Reglamento, en un caso en que una tarifa de comunicaciones móviles, que incluye un volumen mensual de transmisión de datos móviles tras cuyo consumo se reduce sustancialmente la

velocidad de transmisión, puede ser ampliada mediante una tarifa opcional gratuita en virtud de la cual se pueden utilizar determinados servicios de proveedores de contenidos asociados al operador de telecomunicaciones sin que el volumen de datos consumido con el uso de estos servicios se impute al volumen mensual de datos incluido en la tarifa de comunicaciones móviles, pero respecto del cual el cliente acepta una limitación del ancho de banda a un máximo de 1,7 Mbit/s para el «streaming» de vídeo, con independencia de si se trata de «streaming» de los proveedores de contenidos asociados o de otros proveedores?

b) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, letra a): ¿Debe interpretarse el artículo 3, apartado 3, párrafo tercero, del Reglamento 2015/2120 en el sentido de que en una situación como la del presente caso la limitación del ancho de banda se ha de considerar como una ralentización de una categoría de servicios?

c) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, letra b): ¿Debe interpretarse el concepto de «inminente congestión de la red» utilizado en el artículo 3, apartado 3, párrafo tercero, letra c), del Reglamento 2015/2120 en el sentido de que comprende solamente las (inminentes) congestiones de carácter excepcional o temporal?

d) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, letra b): ¿Debe interpretarse el artículo 3, apartado 3, párrafo tercero, letra c), del Reglamento 2015/2120 en el sentido de que en una situación como la del presente procedimiento el principio de igualdad de trato de las categorías equivalentes de tráfico se opone a una limitación del ancho de banda que se aplica solamente en caso de contratarse un suplemento, pero no a las demás tarifas de comunicaciones móviles y, además, solo se aplica al «streaming» de vídeo?

e) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, letra b): ¿Debe interpretarse el artículo 3, apartado 3, párrafo tercero, del Reglamento 2015/2120 en el sentido de que, en una situación como la del presente procedimiento, una limitación del ancho de banda cuya aplicación depende de la contratación de un suplemento y que además puede ser desactivada por el cliente en cualquier momento para un plazo máximo de 24 horas cumple la condición de que únicamente pueda ralentizarse una categoría de servicios durante el tiempo necesario para alcanzar los objetivos del artículo 3, apartado 3, párrafo tercero, letras a) a c), del Reglamento (UE) 2015/2120?

2) a) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, letra b): ¿Debe interpretarse el artículo 3, apartado 3, párrafo segundo, segunda frase, del Reglamento 2015/2120 en el sentido de que en una situación como la del presente procedimiento la limitación del ancho de banda solamente para «streaming» de vídeo se basa en los requisitos objetivamente diferentes de calidad técnica del servicio para determinadas categorías de tráfico de datos?

b) En caso de respuesta afirmativa a la segunda cuestión, letra a): ¿Debe interpretarse el artículo 3, apartado 3, párrafo segundo, tercera frase, del Reglamento 2015/2120 en el sentido de que la identificación del tráfico de datos generado con el «streaming» de vídeo utilizando direcciones IP, protocolos, URL y SNI, así como la llamada «búsqueda de patrones», en que se cotejan determinados datos de cabecera con los valores típicos del «streaming» de vídeo, constituye una supervisión del contenido concreto del tráfico?

3) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, letra a): ¿Debe interpretarse el artículo 3, apartado 1, del Reglamento 2015/2120 en el sentido de que en una situación como la del presente procedimiento la limitación del ancho de banda solamente para «streaming» de vídeo constituye una limitación del derecho de los usuarios finales reconocido por el artículo 3, apartado 1, del Reglamento 2015/2120?

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

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 (DO 2015, L 310, p. 1), en especial su artículo 3

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Telekommunikationsgesetz (Ley de telecomunicaciones) de 22 de junio de 2004 (BGBl. I, p. 1190), en especial su artículo 126

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 La recurrente es filial de una empresa de telecomunicaciones que ofrece a sus clientes, entre otros, servicios de telefonía móvil a distintas tarifas. Junto a la tarifa de telefonía móvil «MagentaMobil» que ofrece, desde el 19 de abril de 2017 sus clientes pueden contratar la opción gratuita «StreamOn» (inicialmente, en las variantes «StreamOn Music», «StreamOn Music&Video», «MagentaEINS StreamOn Music» y «MagentaEINS StreamOn Music&Video»). Al contratar «StreamOn», el volumen de datos generado con el «streaming» de audio y vídeo de los proveedores de contenidos asociados a la recurrente no se imputa al volumen general de datos contratado en la tarifa de telefonía móvil correspondiente para la utilización de la conexión a internet suministrada con el servicio de telefonía móvil (la llamada «tarifa cero»), volumen que, cuando se consume, en general implica la reducción de la velocidad de transmisión. Para participar en la «tarifa cero» como proveedor de contenidos asociado se requiere,

básicamente, el cumplimiento de unos requisitos técnicos especificados por la recurrente, así como la celebración de un contrato; la recurrente no exige a dichos proveedores el pago de contraprestación alguna.

- 2 Por otro lado, en el caso de «StreamOn Music&Video», el cliente acepta una limitación del ancho de banda a un máximo de 1,7 Mbit/s para «*streaming*» de vídeo, con independencia de si se trata de «*streaming*» de los proveedores de contenidos asociados o de otros proveedores.
- 3 Para poder distinguir entre el tráfico de datos generado con las ofertas de los proveedores de contenidos asociados y el resto del tráfico, la recurrente acuerda con sus asociados ciertos criterios de diferenciación, en los que se tienen en cuenta direcciones IP, protocolos, URL y SNI. Además, la recurrente identifica el tráfico de datos correspondiente al «*streaming*» de vídeo mediante la llamada «búsqueda de patrones», en que se cotejan determinados datos de cabecera con los valores típicos del «*streaming*» de vídeo.
- 4 El cliente puede desactivar y reactivar en cualquier momento la opción suplementaria y, con ella, la limitación del ancho de banda, para obtener de nuevo una máxima calidad de transmisión también para el «*streaming*» de vídeo, que se imputa entonces a su tarifa general de datos. Si en el plazo de 24 horas el cliente no lo reactiva, la recurrente restituye automáticamente los ajustes estándar (sin imputación al volumen general de datos y con limitación del ancho de banda). En cambio, en el caso de «MagentaEINS StreamOn Music&Video», no se produce la limitación del ancho de banda. «MagentaEINS StreamOn Music&Video» se diferencia de «StreamOn Music&Video» en que aquella opción solo se puede contratar junto con una tarifa de telefonía móvil si está combinada con una tarifa de telefonía fija y el correspondiente servicio de acceso a internet.
- 5 Todas las opciones suplementarias pueden suprimirse en cualquier momento sin preaviso alguno.
- 6 El 15 de diciembre de 2017, la Bundesnetzagentur (Agencia Federal de Redes, Alemania) adoptó la decisión controvertida. En ella, declaró que la reducción de la tasa de transmisión de datos para «*streaming*» de vídeo a un máximo de 1,7 Mbit/s en la opción «StreamOn» era contraria al artículo 3, apartado 3, del Reglamento 2015/2120 y que no se cumplían los requisitos para una medida de gestión del tráfico con arreglo al artículo 3, apartado 3, párrafos segundo o tercero, letra a). Además, prohibió a la recurrente seguir reduciendo la tasa de transmisión de datos a un máximo de 1,7 Mbit/s en la opción «StreamOn» y seguir utilizando las correspondientes cláusulas de la tarifa.
- 7 El recurso administrativo interpuesto por la recurrente contra la mencionada decisión fue desestimado el 8 de junio de 2018.

Alegaciones esenciales de las partes en el procedimiento principal

- 8 En esencia, la recurrente considera que el artículo 3, apartado 2, del Reglamento 2015/2120 es la única disposición pertinente a la hora de valorar la limitación del ancho de banda asociada a la opción suplementaria. Los derechos del usuario final reconocidos en el artículo 3, apartado 1, de dicho Reglamento no se ven vulnerados, por lo que la limitación del ancho de banda es lícita. La recurrente no entiende que se deduzca una conclusión diferente aunque se atienda (lo que, a su juicio, es incorrecto) al artículo 3, apartado 3, del Reglamento 2015/2120 como criterio de valoración. Por sí mismo, el párrafo primero de esta disposición no establece ningún principio absoluto de igualdad de trato. En cualquier caso, la recurrente considera que la limitación del ancho de banda constituye una medida lícita de gestión del tráfico a efectos del artículo 3, apartado 3, párrafo segundo, primera frase, del Reglamento 2015/2120. En su opinión no hay infracción alguna de los principios de no discriminación y de proporcionalidad con arreglo al artículo 3, apartado 3, párrafo segundo, segunda frase, del mismo Reglamento. Asimismo, no se supervisa el contenido del tráfico de datos en el sentido del artículo 3, apartado 3, párrafo segundo, tercera frase, del Reglamento, y se respeta el principio de necesidad temporal. Por último, la limitación del ancho de banda constituye una compresión de datos lícita a efectos del considerando 11 del Reglamento 2015/2120.
- 9 La recurrida se opone a las alegaciones de la recurrente.

Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

- 10 La legislación aplicable es la que estaba en vigor en la fecha de la última decisión administrativa, es decir, el 8 de junio de 2018.
- 11 En opinión del órgano jurisdiccional remitente, existen poderosas razones para entender que la recurrente ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Reglamento 2015/2120. Sin embargo, la situación jurídica no es tan clara como para poder renunciar a una remisión al Tribunal de Justicia.

Sobre la primera cuestión, letra a)

- 12 De la jurisprudencia del Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Renania del Norte-Westfalia) se deduce lo siguiente:
- Los acuerdos a que se refiere el artículo 3, apartado 2, del Reglamento 2015/2120 deben valorarse a la luz de las exigencias del artículo 3, apartado 3, del mismo Reglamento. No es correcta la postura de la recurrente según la cual la limitación del ancho de banda controvertida ha sido acordada en contrato con sus clientes, de modo que se somete exclusivamente al artículo 3, apartado 2, del Reglamento 2015/2120; en efecto, los apartados 2 y 3 del artículo 3 del Reglamento 2015/2120 no tienen ámbitos de aplicación

- excluyentes entre sí en el sentido de que el apartado 2 regule taxativamente la licitud de los acuerdos contractuales entre proveedores de acceso a internet y sus clientes mientras que el apartado 3 se refiere solo a las restantes medidas unilaterales de los proveedores de acceso a internet, que no son objeto de acuerdo contractual.
- Los conceptos de «discriminación», «restricción» e «interferencia» deben entenderse como concreción del principio general de igualdad de trato a efectos del artículo 3, apartado 3, párrafo primero, primera frase, del Reglamento 2015/2120. Asimismo, los conceptos de «emisor», «receptor», «contenidos», «aplicaciones», «servicios» y «equipos terminales» constituyen motivos expresamente prohibidos para una diferencia de trato. Por lo tanto, en el caso de un acuerdo que tenga por objeto una limitación del ancho de banda a un máximo de 1,7 Mbit/s para el «streaming» de vídeo, existe una diferencia de trato en la medida en que con tal limitación se lleve a cabo una diferenciación técnica arbitraria frente a otros servicios y aplicaciones en función del tipo de aplicaciones o servicios utilizados o suministrados.
 - No obsta a esta conclusión el considerando 9 del Reglamento, que tan solo pretende aclarar los requisitos establecidos en el artículo 3, apartado 3, párrafo segundo, del Reglamento 2015/2120 para que unas medidas razonables de gestión del tráfico sean lícitas a pesar de una eventual diferencia de trato del tráfico de datos, como excepción sistemática al artículo 3, apartado 3, párrafo primero, del mismo Reglamento, ni tampoco su considerando 11, que trata de la compresión de datos que genera una reducción del volumen de datos, pero no una disminución de la tasa de transmisión de datos.
- 13 No obstante, existe también una postura contraria a la jurisprudencia del Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Renania del Norte-Westfalia) y que argumenta lo siguiente:
- Los apartados 2 y 3 del artículo 3 del Reglamento 2015/2120 tienen ámbitos de aplicación diferentes, de manera que el «traffic shaping» en virtud de acuerdos contractuales debe valorarse exclusivamente a la luz del artículo 3, apartado 2, del Reglamento. El tenor de esta disposición solo se remite al apartado 1 del mismo artículo, pero no al apartado 3. El término «tratar» utilizado en el artículo 3, apartado 3, párrafo primero, del Reglamento 2015/2120 no presenta ninguna semejanza terminológica con el concepto de «acuerdos» que aparece en el artículo 3, apartado 2, del Reglamento.
 - Desde el punto de vista sistemático, el artículo 3, apartado 1, del Reglamento 2015/2120 regula los derechos que en principio asisten al usuario final; el apartado 2 del mismo artículo versa, en esencia, sobre la facultad para celebrar acuerdos desde la autonomía privada, y el apartado 3,

sobre los derechos y obligaciones unilaterales de los proveedores de acceso a internet que no precisan de un acuerdo consensuado con el usuario final. A esto se opone recurrir a las exigencias del artículo 3, apartado 3, del Reglamento 2015/2120 para valorar también la licitud de los acuerdos a que se refiere el artículo 3, apartado 2, del Reglamento. Además, el artículo 3, apartado 2, del Reglamento 2015/2120 permite expresamente los acuerdos sobre condiciones comerciales y técnicas del acceso a internet. En cambio, el artículo 3, apartado 3, párrafo segundo, del Reglamento 2015/2120 prohíbe toda medida de gestión del tráfico que se base en «consideraciones comerciales». Si los acuerdos mencionados en el artículo 3, apartado 2, del Reglamento 2015/2120 se hubiesen de valorar a la luz de las exigencias del artículo 3, apartado 3, se llegaría a la conclusión contradictoria de que los usuarios finales y los proveedores de acceso a internet pueden celebrar un contrato sobre una condición comercial del acceso a internet y, sin embargo, con arreglo al artículo 3, apartado 3, párrafo segundo, del Reglamento 2015/2120, no se podrían adoptar las correspondientes medidas de gestión del tráfico para cumplir el acuerdo contractual. Esta conclusión se evita recurriendo al artículo 3, apartado 2, del Reglamento 2015/2120 como único criterio de legalidad de los acuerdos contractuales, y al artículo 3, apartado 3, del mismo Reglamento, como criterio de legalidad para las medidas unilaterales de los proveedores de acceso a internet. Esta interpretación es conforme también con el sentido y finalidad del Reglamento 2015/2120, que gira en torno a la protección del usuario final y de sus derechos.

- 14 En cuanto a las discrepancias sobre la relación entre los ámbitos de aplicación de los apartados 2 y 3 del artículo 3 del Reglamento 2015/2120, en opinión de este tribunal es preciso aclarar si los acuerdos a que se refiere el artículo 3, apartado 2, del Reglamento se han de valorar a la luz de las exigencias de su artículo 3, apartado 3.

Sobre la primera cuestión, letra b)

- 15 Presumiendo que los acuerdos del artículo 3, apartado 2, del Reglamento 2015/2120 también se deben valorar atendiendo a las exigencias del apartado 3 del mismo artículo, este tribunal considera evidente que la limitación del ancho de banda a un máximo de 1,7 Mbit/s para el «streaming» de vídeo constituye una diferencia de trato en el sentido del artículo 3, apartado 3, párrafo primero, del Reglamento 2015/2120. En efecto, es obvio que con esta limitación no se trata todo el tráfico de manera equitativa en la prestación de servicios de acceso a internet, tal como exige el artículo 3, apartado 3, párrafo primero, del Reglamento 2015/2120.
- 16 Además, considera este tribunal que no puede haber dudas razonables de que las diferencias de trato a efectos del artículo 3, apartado 3, párrafo primero, del Reglamento 2015/2120 solo pueden estar justificadas conforme a los criterios de los párrafos segundo y tercero de la misma disposición. Del considerando 8 del Reglamento 2015/2120 se desprende que, al prestar servicios de acceso a internet,

los proveedores de dichos servicios deben dar un trato equitativo a todo el tráfico, sin discriminaciones, restricciones o interferencias, con independencia de quienes sean el remitente o el receptor y cualesquiera que sean el contenido, aplicación, el servicio o el equipo terminal. De conformidad con los principios generales del Derecho de la Unión y según jurisprudencia reiterada, no debe darse un trato diferente a situaciones comparables ni un trato similar a situaciones diferentes, a menos que tal trato este objetivamente justificado.

- 17 Tal justificación solo parece posible dentro de los requisitos del artículo 3, apartado 3, párrafos segundo y tercero, del Reglamento 2015/2120.
- 18 Si bien el considerando 8 del Reglamento 2015/2120, en cuanto a la prohibición de diferencias de trato establecida en el artículo 3, apartado 3, párrafo primero, hace referencia a los principios generales del Derecho de la Unión y a la reiterada jurisprudencia, este tribunal considera que la justificación objetiva mencionada en dicho considerando solo puede plantearse dentro de las condiciones mencionadas en el artículo 3, apartado 3, párrafos segundo y tercero, del Reglamento 2015/2120. Cualquier otra interpretación del artículo 3, apartado 3, párrafo primero, del mismo Reglamento sería contraria al claro sistema normativo del artículo 3, apartado 3.
- 19 A este respecto, este tribunal no alberga ninguna duda acerca de que el artículo 3, apartado 3, párrafo tercero, del Reglamento 2015/2120 debe examinarse con preferencia sobre el párrafo segundo de la misma disposición.
- 20 En efecto, según se desprende de su tenor literal, el párrafo tercero establece una prohibición general de las medidas de gestión del tráfico que vayan más allá de una práctica razonable en este sentido con arreglo al párrafo segundo de la misma disposición, y a este respecto menciona expresamente la ralentización de categorías de servicios como medida prohibida a los proveedores de servicios de acceso a internet, salvo que se cumplan los requisitos del artículo 3, apartado 3, párrafo tercero, letras a) a c), del Reglamento 2015/2120.
- 21 No obstante, partiendo de estas premisas, en el presente caso este tribunal no deduce del Reglamento 2015/2120 con suficiente claridad si en una situación como la del presente procedimiento la limitación del ancho de banda debe considerarse como ralentización de una categoría de servicios en el sentido del artículo 3, apartado 3, párrafo tercero, del Reglamento 2015/2120.
- 22 Este tribunal no puede considerar más allá de toda duda razonable que una limitación del ancho de banda que se aplique solo al «streaming» de vídeo afecte a una categoría de servicios en el sentido del artículo 3, apartado 3, párrafo tercero, del Reglamento 2015/2120 («specific content, applications or services, or specific categories thereof»; «des contenus, des applications ou des services spécifiques ou des catégories spécifiques de contenus, d'applications ou de services»). El concepto de «categoría de servicios» no está definido en el artículo 2 del Reglamento 2015/2120. Además, el artículo 3, apartado 3, párrafos segundo,

segunda frase, y tercero, letra c), del Reglamento 2015/2120 menciona otros conceptos: el de «categorías específicas del tráfico» y el de «categorías equivalentes de tráfico», respectivamente. Estos otros conceptos no están definidos en el artículo 2 del Reglamento 2015/2120 y tampoco contribuyen a entender el concepto de «categoría de servicios», pues en las versiones lingüísticas vinculantes del Reglamento utilizan términos que en parte se solapan con el de «categoría de servicios» («specific categories of traffic», «certaines catégories spécifiques de trafic», «équivalent categories of traffic», «les catégories équivalentes de trafic»).

- 23 Aunque, en opinión de este tribunal, predominan las razones para considerar que, habida cuenta del uso de los términos «contenidos, aplicaciones o servicios concretos» y «categorías específicas» en el artículo 3, apartado 3, párrafo tercero, del Reglamento 2015/2120, una limitación del ancho de banda que se aplica solamente al «streaming» de vídeo está comprendida en el ámbito de aplicación de la disposición, según se desprende del considerando 11 del mismo Reglamento, de su artículo 3, apartado 3, párrafo tercero, no se deduce ninguna prohibición de técnicas de compresión de datos no discriminatorias con las que se reduzca el tamaño de los datos sin que se altere en modo alguno su contenido. Es cierto que, en opinión de este tribunal, predominan los motivos para considerar que en una situación como la del presente procedimiento la limitación del ancho de banda no constituye una técnica de compresión de datos no discriminatoria en este sentido, pues con arreglo al considerando 11 del Reglamento 2015/2120 este tipo de compresión debe permitir utilizar de modo más eficiente unos recursos escasos y ha de servir a los intereses del usuario final al reducir los volúmenes de datos, aumentar la velocidad y mejorar la experiencia de la utilización de los contenidos, aplicaciones o servicios en cuestión, situación que, en opinión de este tribunal, no se da en el presente caso con la limitación del ancho de banda aquí controvertida.
- 24 Sin embargo, el considerando 11 del Reglamento 2015/2120 deja constancia de que el artículo 3, apartado 3, párrafo tercero, no se opone a todas las medidas del proveedor de servicios de acceso a internet dirigidas a conseguir una utilización más eficiente de unos recursos escasos. Por este motivo, el tribunal no puede considerar, al menos más allá de toda duda razonable, que en una situación como la del presente procedimiento la limitación del ancho de banda constituya una ralentización de una categoría de servicios en el sentido del artículo 3, apartado 3, párrafo tercero, del Reglamento 2015/2120. En consecuencia, este tribunal ve necesario aclarar si la limitación del ancho de banda se debe calificar como ralentización de una categoría de servicios a efectos de la mencionada disposición.

Sobre la cuestión primera cuestión, letra c)

- 25 Conforme al considerando 11 del Reglamento 2015/2120, el artículo 3, apartado 3, párrafo tercero, letras a) a c), del mismo Reglamento debe ser objeto de una interpretación estricta y estar sujeto a requisitos de proporcionalidad. Debe garantizarse la protección de los contenidos, aplicaciones y servicios específicos y de las categorías específicas de contenidos, aplicaciones o servicios a causa del

perjuicio que pueden suponer, tanto para la elección del usuario final como para la innovación, el bloqueo u otras medidas restrictivas que no correspondan a las excepciones justificadas. De ahí deduce este tribunal motivos suficientes para considerar que en una situación como la del presente caso la limitación del ancho de banda no satisface las exigencias del artículo 3, apartado 3, párrafo tercero, letra c), del Reglamento 2015/2120. En efecto, según se desprende del considerando 15 del Reglamento, su artículo 3, apartado 3, párrafo tercero, letra c), permite las medidas necesarias con el fin de impedir problemas inminentes de congestión de la red, es decir, situaciones en las que la congestión está a punto de materializarse, y con el fin de mitigar los efectos de la congestión de la red, siempre y cuando tal congestión se produzca únicamente de manera temporal o en circunstancias excepcionales. Por congestión temporal debe entenderse una situación específica de corta duración en la que un incremento súbito del número de usuarios, además de los usuarios habituales, o un incremento súbito de la demanda de un contenido específico, aplicación o servicio, pueda superar la capacidad de transmisión de ciertos elementos de la red y mermar la capacidad de reacción de las demás partes de la red. Asimismo, conforme al considerando 15 del Reglamento 2015/2120, por congestión excepcional debe entenderse una situación imprevisible e inevitable de congestión. Así, las posibles causas de estas situaciones incluyen fallos técnicos como interrupciones del servicio debidas a la rotura de cables u otros elementos de infraestructura, cambios inesperados en el encaminamiento del tráfico o grandes aumentos del tráfico en la red debidos a situaciones de emergencia o de otro tipo ajenas al control del proveedor de servicios de acceso a internet.

- 26 La limitación del ancho de banda que aquí se aplica al «*streaming*» de vídeo en caso de contratar el suplemento, en opinión de este tribunal, no satisface estas exigencias, ya que no se aplica únicamente de manera temporal o en circunstancias excepcionales. Según se deduce de la información facilitada por la recurrente, la limitación del ancho de banda se produce porque las capacidades de red disponibles solo permiten un uso prolongado e ilimitado del «*streaming*» de vídeo hasta un ancho de banda máximo de 1,7 Mbit/s. Al margen de si una afirmación tan genérica permite realmente considerar una inminente congestión de la red, no se aprecian, al menos a este respecto, circunstancias temporales ni excepcionales en el sentido del considerando 15 del Reglamento 2015/2120.
- 27 No obstante, este tribunal no se ve en condiciones de afirmar más allá de toda duda razonable que el concepto de «inminente congestión de la red» utilizado en el artículo 3, apartado 3, párrafo tercero, letra c), del Reglamento 2015/2120 solo se refiera a congestiones temporales o excepcionales inminentes.
- 28 En efecto, el tenor literal de dicha disposición menciona, por un lado, la inminente congestión de la red y, por otro, los efectos de fenómenos temporales o excepcionales de congestión de la red. Por lo tanto, en opinión de este tribunal es preciso aclarar si los adjetivos «excepcional» y «temporal» se refieren también al concepto de «inminente congestión de la red».

- 29 A favor de una respuesta afirmativa cabe aducir, a juicio de este tribunal, que el considerando 15 del Reglamento 2015/2120 considera lícitas, en resumen, las medidas de gestión del tráfico que vayan más allá de las razonables «con el fin de impedir o mitigar los efectos de fenómenos temporales o excepcionales de congestión de la red». Es evidente que las inminentes congestiones de la red solo entran en el ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 3, párrafo tercero, letra c), del Reglamento 2015/2120 si son excepcionales o temporales. En cambio, no parece relevante el hecho de que, según se desprende del considerando 15 del Reglamento 2015/2120, los fenómenos recurrentes y más duraderos de congestión de la red que no son ni excepcionales ni temporales no deban poder beneficiarse de la excepción del artículo 3, apartado 3, párrafo tercero, letra c), del Reglamento 2015/2120, sino que deben resolverse mediante un aumento de la capacidad de la red. La referencia al aumento de la capacidad de la red, según la entiende este tribunal, se hace únicamente para distinguir de las sobrecargas excepcionales y temporales, por lo que es una cuestión posterior a la de si el concepto de inminente congestión de la red también se refiere solo a las situaciones excepcionales y temporales.
- 30 A pesar de las orientaciones que se deducen del considerando 15 del Reglamento 2015/2120 para la interpretación de la disposición, este tribunal considera que el tenor del artículo 3, apartado 3, párrafo tercero, letra c), del Reglamento no es del todo claro. Por lo tanto, sin una aclaración previa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea este tribunal no se ve en condiciones de darle una interpretación en el sentido de que comprende solamente las (inminentes) congestiones excepcionales o temporales de la red.

Sobre la primera cuestión, letra d)

- 31 En opinión de este tribunal, existen sobrados motivos para considerar que la aplicación de la limitación del ancho de banda, en una situación como la del presente procedimiento, solamente en caso de contratar la opción «StreamOn Music&Video», pero no en los demás casos y, en particular, en el de la opción «MagentaEINS StreamOn Music&Video», constituye por sí sola una diferencia de trato entre categorías equivalentes de tráfico. En efecto, la limitación del ancho de banda para el «streaming» de vídeo no se aplica a todos los clientes, de manera que no solo se tratan de forma diferente categorías equivalentes de tráfico, sino también las mismas categorías. A esto se añade que una diferencia de trato entre categorías equivalentes de tráfico relevante a efectos del artículo 3, apartado 3, párrafo tercero, letra c), del Reglamento 2015/2120, a juicio de este tribunal, también se da en una situación como la del presente procedimiento, en que la limitación del ancho de banda solo se aplica al «streaming» de vídeo.
- 32 No obstante, como ya se ha expuesto, el concepto de «categorías equivalentes de tráfico» («*equivalent categories of traffic*», «*les catégories équivalentes de trafic*») no está definido (tampoco) en el artículo 2 del Reglamento 2015/2120. Además, este concepto no coincide con el de «categorías específicas de tráfico» del artículo 3, apartado 3, párrafo segundo, segunda frase, aunque en las versiones

lingüísticas vinculantes del Reglamento 2015/2120 se utilicen algunos términos coincidentes («*specific categories of traffic*», «*certaines catégories spécifiques de trafic*», «*équivalent catégories of traffic*», «*les catégories équivalentes de trafic*»). Por último, este concepto se diferencia terminológicamente del de «categoría de servicios» utilizado por el artículo 3, apartado 3, párrafo tercero, del Reglamento 2015/2120.

- 33 Al margen de todo ello, con arreglo a la letra c) de esta disposición, la ralentización de una categoría de servicios puede ser lícita en la medida en que sea necesaria para evitar la inminente congestión de la red y mitigar los efectos de congestiones de la red excepcionales o temporales. Además, el considerando 15 del Reglamento 2015/2120 hace referencia al principio de proporcionalidad y, a este respecto, considera necesario que las medidas de gestión del tráfico basadas en el artículo 3, apartado 3, párrafo tercero, letra c), de dicho Reglamento traten de manera equitativa las categorías equivalentes de tráfico. Esto impide al tribunal decidir, más allá de toda duda razonable, si en casos como el presente la aplicación de la limitación del ancho de banda exclusivamente en caso de contratar una opción es contraria al artículo 3, apartado 3, párrafo tercero, letra c), del Reglamento 2015/2120. Aunque, en opinión de este tribunal, hay pocos motivos para entender que sea así, la referencia al principio de proporcionalidad podría sugerir que, en caso de ralentización de una categoría de servicios no es necesario tratar de manera equitativa a categorías equivalentes (incluso a la misma categoría) de tráfico, siempre que con la ralentización parcial de una categoría de servicios pueda prevenirse una inminente congestión del tráfico.
- 34 Por lo tanto, es preciso aclarar si el artículo 3, apartado 3, párrafo tercero, letra c), del Reglamento 2015/2120 admite una interpretación en este sentido. Solo si se concluyese que es lícita una ralentización parcial como la recién descrita sería necesario aclarar si la aplicación de la limitación del ancho de banda solamente a la opción «StreamOn Music&Video», pero no a la opción «MagentaEINS StreamOn Music&Video», se puede justificar (como afirma la recurrente) por el hecho de que, en el caso de la opción «MagentaEINS StreamOn Music&Video», debido a la disponibilidad de una línea de red fija, es previsible que el «*streaming*» de vídeo en ocasiones no se lleve a cabo por medio de la red de telefonía móvil.

Sobre la primera cuestión, letra e)

- 35 En opinión de este tribunal, hay sobrados motivos para considerar que el requisito de temporalidad del artículo 3, apartado 3, párrafo tercero, letra c), del Reglamento 2015/2120 no se cumple por el solo hecho de que en una situación como la del presente procedimiento la limitación del ancho de banda en principio se aplica de forma indefinida, si bien, por un lado, depende de la contratación del suplemento y, por otro, puede ser desactivada y reactivada por el cliente.
- 36 En efecto, tal como lo entiende este tribunal, es evidente que la limitación indefinida del ancho de banda no satisface la finalidad del artículo 3, apartado 3,

párrafo tercero, del Reglamento 2015/2120, que, según se desprende de su considerando 15, no debe dar a los proveedores de servicios de acceso a internet la posibilidad de eludir la prohibición general de bloquear, ralentizar, alterar restringir, interferir o degradar contenidos, aplicaciones o servicios específicos, o categorías específicas de estos, ni de establecer discriminaciones entre ellos.

- 37 No obstante, los considerandos del Reglamento 2015/2120 no contienen ninguna concreción del principio según el cual las medidas a que se refiere su artículo 3, apartado 3, párrafo tercero, solo sean lícitas en la medida en que resulten necesarias para alcanzar los objetivos mencionados en las letras a) a c) de dicha disposición. Aunque, en opinión de este tribunal, no existan motivos convincentes de que sea así, al menos no se puede excluir más allá de toda duda razonable que en una situación como la del presente procedimiento las exigencias del artículo 3, apartado 3, párrafo tercero, del Reglamento 2015/2120 se vean satisfechas por el hecho mismo de que la limitación del ancho de banda solo entre en juego con la contratación del suplemento y, además, el cliente pueda desactivar y reactivar esta opción en cualquier momento.
- 38 Así pues, este tribunal también ve precisa una aclaración de la interpretación de la exigencia de temporalidad del artículo 3, apartado 3, párrafo tercero, letra c), del Reglamento 2015/2120.

Sobre la segunda cuestión

- 39 En caso de que en una situación como la del presente procedimiento la limitación del ancho de banda no sea contraria al artículo 3, apartado 3, párrafo tercero, del Reglamento 2015/2120, por medio de las letras b) a e) de la primera cuestión prejudicial será preciso aclarar si esta limitación constituye una medida lícita de gestión del tráfico a efectos del artículo 3, apartado 3, párrafo segundo, del mismo Reglamento.

Sobre la segunda cuestión, letra a)

- 40 Según se desprende del considerando 9 del Reglamento 2015/2120, los proveedores de servicios de acceso a internet, con el fin de optimizar la calidad global de las transmisiones, pueden diferenciar entre categorías objetivamente diferentes de tráfico. Por lo tanto, este tipo de diferenciación debe permitirse, a fin de optimizar la calidad global y la experiencia de los usuarios, atendiendo únicamente a las necesidades técnicas objetivas diferentes de calidad del servicio (por ejemplo, en términos de latencia, fluctuación de fase, pérdida de paquetes y ancho de banda) de las categorías específicas de tráfico, y no sobre la base de consideraciones comerciales. El objetivo declarado de la gestión razonable del tráfico es contribuir a la utilización eficiente de los recursos de la red y a una optimización de la calidad global de las transmisiones que responda a los requisitos objetivamente diferentes de calidad técnica del servicio para categorías específicas de tráfico y, por tanto, de los contenidos, aplicaciones y servicios transmitidos.

- 41 Partiendo de esta base, en opinión de este tribunal hay motivos sobrados para entender que en una situación como la del presente asunto la limitación del ancho de banda no se basa en requisitos objetivamente diferentes de calidad técnica del servicio para categorías específicas de tráfico en el sentido del artículo 3, apartado 3, párrafo segundo, del Reglamento 2015/2120. En efecto, desde el punto de vista objetivo las necesidades del «*streaming*» de vídeo en términos de latencia, fluctuación de fase, pérdida de paquetes y ancho de banda no se diferencian de la transmisión de datos para el uso de otras aplicaciones o servicios. El «*streaming*» de vídeo solo se diferencia de la transmisión de datos para el uso de otras aplicaciones o servicios en que, por lo general, se acaba aplicando la tecnología llamada «*adaptive bitrate*».
- 42 Sin embargo, en opinión de este tribunal esto no constituye un requisito objetivamente diferente de calidad técnica del servicio para categorías específicas de tráfico en el sentido del artículo 3, apartado 3, párrafo segundo, segunda frase, del Reglamento 2015/2120. Y lo mismo sucede con el hecho de que (como alega la recurrente) el «*streaming*» de vídeo sea una aplicación que potencialmente consuma un gran ancho de banda. En opinión de este tribunal, con ello no basta para satisfacer la exigencia de que toda medida de gestión del tráfico se base en requisitos objetivamente diferentes de calidad técnica del servicio para categorías específicas de tráfico.
- 43 El hecho de que una limitación del ancho de banda para el «*streaming*» de vídeo no se basa en requisitos objetivamente diferentes de calidad técnica del servicio para categorías específicas de tráfico en el sentido del artículo 3, apartado 3, párrafo segundo, segunda frase, del Reglamento 2015/2120 se demuestra, a juicio de este tribunal, por la aplicación de dicha limitación solamente en caso de contratarse un suplemento y no en ninguna otra situación y, además, por el hecho de que el cliente puede desactivar y reactivar dicha opción en cualquier momento.
- 44 No obstante, este tribunal no puede juzgarlo más allá de toda duda razonable. Esto se debe, por un lado, y como ya se ha expuesto, a que (tampoco) el concepto de «categorías específicas de tráfico» («*specific categories of traffic*», «*certaines catégories spécifiques de trafic*») está definido en el artículo 2 del Reglamento 2015/2120. Además, este concepto no coincide con el de «categorías equivalentes de tráfico» del artículo 3, apartado 3, párrafo tercero, letra c), aunque las versiones lingüísticas vinculantes del Reglamento 2015/2120 utilicen en parte términos idénticos («*specific categories of traffic*», «*certaines catégories spécifiques de trafic*», «*équivalent catégories of traffic*», «*les catégories équivalentes de trafic*»). Por otra parte, este concepto se diferencia terminológicamente del de «categoría de servicios» utilizado en el artículo 3, apartado 3, párrafo tercero, del Reglamento 2015/2120.
- 45 A esto se añade que el considerando 9 del Reglamento 2015/2120 se limita a describir ejemplificativamente el principio establecido en el artículo 3, apartado 3, párrafo segundo, segunda frase, del Reglamento 2015/2120 según el cual las medidas de gestión del tráfico se deben basar en requisitos objetivamente

diferentes de la calidad técnica del servicio. Este motivo impide también al tribunal considerar de forma concluyente que en una situación como la del presente procedimiento la limitación del ancho de banda no se basa en requisitos objetivamente diferentes de calidad técnica del servicio para categorías específicas de tráfico en el sentido del artículo 3, apartado 3, párrafo segundo, del Reglamento 2015/2120.

- 46 El contenido del concepto de «requisitos objetivamente diferentes de calidad técnica» tampoco se puede considerar suficientemente aclarado por el hecho de que, según se deduce del considerando 9 del Reglamento 2015/2120, los proveedores de servicios de acceso a internet pueden adoptar medidas de gestión del tráfico con el fin de optimizar la calidad global de las transmisiones; en idénticos términos, ese mismo considerando afirma que las medidas de gestión del tráfico deben optimizar la calidad global y la experiencia de los usuarios. En opinión de este tribunal, por sí mismo esto no ofrece ninguna información acerca de cómo interpretar la exigencia del artículo 3, apartado 3, párrafo segundo, segunda frase, del Reglamento 2015/2120 de que las medidas de gestión del tráfico se basen en requisitos objetivamente diferentes de calidad técnica del servicio para categorías específicas de tráfico. El propio considerando 9 del Reglamento 2015/2120 solo establece una relación con esta exigencia al declarar que el objetivo de la gestión razonable del tráfico es «contribuir a la utilización eficiente de los recursos de la red y a una optimización de la calidad global de las transmisiones que responda a las necesidades de calidad técnica de servicio objetivamente diferentes de categorías específicas de tráfico y, por tanto, de los contenidos, aplicaciones y servicios transmitidos». Por lo tanto, tampoco atendiendo al considerando 9 del Reglamento 2015/2120 puede determinarse con suficiente claridad el contenido del concepto de «requisitos objetivamente diferentes de calidad técnica».
- 47 En consecuencia, resulta necesario aclarar si en una situación como la del presente procedimiento la limitación del ancho de banda satisface la exigencia del artículo 3, apartado 3, párrafo segundo, segunda frase, del Reglamento 2015/2120 de que las medidas de gestión del tráfico se basen en requisitos diferentes de calidad técnica del servicio para categorías específicas de tráfico.

Sobre la segunda cuestión, letra b)

- 48 El artículo 2 del Reglamento 2015/2120 no contiene ninguna definición del concepto de «supervisión ilícita del contenido específico» a efectos del artículo 3, apartado 3, párrafo segundo, tercera frase, de dicho Reglamento. El considerando 10 del Reglamento solamente dice que la gestión razonable del tráfico no requiere técnicas que supervisen el contenido específico de los datos que se transmiten por el servicio de acceso a internet.
- 49 Así pues, este tribunal carece de suficientes elementos para concretar el contenido normativo del artículo 3, apartado 3, párrafo segundo, tercera frase, del Reglamento 2015/2120. Por lo tanto, no puede decidir, más allá de toda duda

razonable, si en una situación como la del presente procedimiento la limitación del ancho de banda implica una supervisión ilícita del contenido concreto del tráfico, cuando para identificar el tráfico de datos correspondiente al «*streaming*» de vídeo se utilizan datos técnicos de direcciones IP y/o protocolos y/o URL y/o SNI (para HTTPS) y/o las claves públicas utilizadas para el encriptado HTTPS (si procede), y/o datos técnicos utilizados por los proveedores o por sus prestadores de servicios.

Sobre la tercera cuestión

- 50 Si en una situación como la del presente procedimiento la limitación del ancho de banda se ha de valorar atendiendo solamente al artículo 3, apartado 2, del Reglamento 2015/2120, pero no a las exigencias del apartado 3 del mismo artículo, en opinión de este tribunal será preciso aclarar si dicha limitación vulnera los derechos de los usuarios finales con arreglo al artículo 3, apartado 1, del Reglamento 2015/2120. Conforme a este último, 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.
- 51 Este tribunal, atendiendo a las directrices del ORECE, en principio, no ve suficientemente aclarada la cuestión de si, en una situación como la del procedimiento principal, la limitación del ancho de banda debe considerarse como una restricción de los derechos de los usuarios finales reconocidos en el artículo 3, apartado 1, del Reglamento 2015/2120. Si bien en dichas directrices se afirma que determinadas circunstancias técnicas son contrarias a esta disposición, en opinión de este tribunal, de ahí no se deduce, al menos con la suficiente seguridad, que precisamente una limitación del ancho de banda vulnere el artículo 3, apartado 1, del Reglamento 2015/2120.
- 52 Lo mismo sucede con la presunción que contienen las directrices del ORECE (no expresamente aludida en las disposiciones del Reglamento) de que una infracción de su artículo 3, apartado 3, puede implicar al mismo tiempo una infracción del artículo 3, apartado 1, del Reglamento 2015/2120.
- 53 En concreto, se critica el suplemento opcional porque con él se induce a los clientes a utilizar los servicios de los proveedores de contenidos asociados. Sin embargo, por sí mismas, las ofertas de tarifa cero no son consideradas en las directrices del ORECE como incompatibles con el artículo 3, apartado 1, del Reglamento 2015/2120. Siempre que se garantice el acceso indiscriminado a la tarifa cero para todos los proveedores de contenidos y no se les exija a estos el pago de una contraprestación específica por ello, estas ofertas se consideran lícitas con carácter general, aun al margen de las directrices del ORECE.

- 54 Por último, no está claro, al menos de forma concluyente, si en una situación como la del presente procedimiento la limitación del ancho de banda constituye una restricción de los derechos de los usuarios finales reconocidos en el artículo 3, apartado 1, del Reglamento 2015/2120. El estado del debate a este respecto se puede resumir como sigue: Se considera determinante la configuración concreta del denominado «*traffic shaping*». Cuando, como aquí sucede, el usuario final puede desactivar y reactivar el *traffic shaping* (en combinación con la tarifa cero), la limitación del ancho de banda no debe considerarse contraria al artículo 3, apartado 1, del Reglamento 2015/2120, ya que (según se argumenta) los usuarios finales pueden decidir con autonomía la forma de utilizar su acceso a internet; si se pone en manos de los clientes una opción adicional y estos son los únicos dueños de su decisión, nada indica que exista una restricción de su libertad de elección, sino una ampliación de sus posibilidades de actuación.
- 55 El tenor literal de la disposición y los considerandos del Reglamento 2015/2120 no aportan ningún indicio de que deba excluirse cualquier violación de los derechos de los usuarios finales solo porque en una situación como la del presente procedimiento sus posibilidades de actuación se vean ampliadas con la contratación del suplemento. Y lo mismo sucede con la cuestión de la violación de los derechos de los proveedores de contenidos por el hecho de que sus ofertas ya no puedan distribuirse entre todos los clientes finales con la máxima calidad técnica posible. El hecho de que el artículo 3, apartado 1, del Reglamento 2015/2120 haga referencia al servicio de acceso a internet de los usuarios finales («su» acceso) tampoco permite responder de forma concluyente a la cuestión prejudicial, ya que de ello no se extraen consecuencias para una eventual posición jurídica de los proveedores de contenidos. Además, en el debate sobre el *traffic shaping* no se ha tenido en cuenta hasta ahora (que se aprecie) que en la situación de que aquí se trata se produce una diferencia de trato entre los proveedores de servicios de «*streaming*» de vídeo y los demás proveedores de contenidos.
- 56 Así las cosas, este tribunal considera necesario que el Tribunal de Justicia aclare si en una situación como la del presente procedimiento la limitación del ancho de banda debe considerarse una restricción de los derechos de los usuarios finales reconocidos en el artículo 3, apartado 1, del Reglamento 2015/2120.