



**CONTESTACIÓN A LA CONSULTA
PLANTEADA POR EL MUSEO
PICASSO DE MÁLAGA SOBRE LA
PRESTACIÓN GRATUITA DEL
SERVICIO DE ACCESO A INTERNET
EN SU INTERIOR A SUS
VISITANTES.**

29 de abril de 2014

Índice

1. Antecedentes	3
2. Habilitación competencial	3
3. Contestación a la consulta planteada	4
3.1 Régimen jurídico para la explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas	4
3.2 Concepto de reventa de SCE	5
3.3 Tratamiento regulatorio de la prestación del servicio de acceso a Internet en el interior de hoteles, cafeterías y restaurantes: criterios orientativos	6
3.4.- Aplicación de los criterios orientativos a la prestación del servicio de acceso a Internet en el interior de museos	9

1. Antecedentes

Con fecha 24 de febrero de 2014, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito del Museo Picasso de Málaga¹ mediante el que plantea una consulta sobre la obligatoriedad o no de constar inscrito en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas para la prestación gratuita del servicio de acceso a Internet dentro de sus instalaciones a sus visitantes.

2. Habilitación competencial

Las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) para intervenir en el presente procedimiento resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. Tal y como señala el artículo 6.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, corresponde a la CNMC *“realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo”*.

Entre las funciones que la LGTel otorga a la CNMC se encuentra, en el artículo 48.4 l), *“la llevanza de un registro de operadores, en el que se inscribirán todas aquellas cuya actividad requiera la notificación a la que se refiere el artículo 6 de esta Ley.”*

De forma adicional, el artículo 48.4 m) de la LGTel señala que competen a la CNMC *“cualesquiera otras [funciones] que legal o reglamentariamente se le atribuyan o que le encomienden el Gobierno o el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio”*.

A este respecto, el artículo 6.2 de la LGTel establece que *“[l]os interesados en la explotación de una determinada red o en la prestación de un determinado servicio de comunicaciones electrónicas deberán, con anterioridad al inicio de la actividad, notificarlo fehacientemente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en los términos que se determinen mediante real decreto, sometiéndose a las condiciones previstas para el ejercicio de la actividad que pretendan realizar”*. Asimismo, el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, establece la dependencia del Registro de Operadores de la CNMC.

Por último, el artículo 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, señala que la CNMC actuará como órgano consultivo sobre las cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos.

En base a lo anterior, la CNMC es el organismo competente para resolver consultas en relación con la necesidad de inscripción, en el Registro de Operadores de comunicaciones electrónicas, de actividades relativas a la

¹ El Museo Picasso de Málaga es una Fundación Privada dependiente de la Junta de Andalucía que se creó mediante Orden de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía de 21 de octubre de 2003.

explotación de redes y a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

3. Contestación a la consulta planteada

El Museo Picasso de Málaga ha planteado una consulta sobre la obligatoriedad o no de su inscripción en el Registro de Operadores para la prestación gratuita del servicio de acceso a Internet a sus visitantes dentro de sus dependencias.

Asimismo, el Museo Picasso de Málaga define las características de tal prestación:

- El museo indica que actualmente tiene contratado un acceso común ADSL –residencial- con un operador del servicio de acceso a Internet. El proyecto supondría instalar una red inalámbrica WiFi a fin de que sus visitantes puedan acceder a Internet.
- Los únicos destinatarios del servicio son los visitantes del Museo, previa compra de la entrada correspondiente. El precio de la entrada al museo no varía por permitirse el acceso a Internet. Se trata en consecuencia de un servicio gratuito.
- El ámbito de cobertura del servicio se restringiría al interior del museo, concretamente el Café, la Librería y la Sala de Lectura.

Además de lo anterior, el Museo afirma que (i) no asumiría la responsabilidad de dicha prestación frente a sus usuarios finales, (ii) no dispondría de un servicio de atención al usuario y (iii) la prestación del servicio de acceso a Internet sería completamente accesorio a su actividad principal.

3.1 Régimen jurídico para la explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

El capítulo I del título II de la LGTel contiene el régimen jurídico básico que regula la forma en la que debe realizarse el acceso por los interesados de su derecho a explotar redes y a prestar servicios de comunicaciones electrónicas –en adelante, SCE- y que se realiza, de conformidad con la LGTel, en régimen de libre competencia. Así, el artículo 6.2 de la LGTel impone, como único requisito, la notificación a esta Comisión, con anterioridad al inicio de la actividad, de la intención de explotar una red o prestar un SCE².

No obstante, la obligación de notificación se requiere únicamente si el servicio que va a prestarse constituye un SCE disponible al público o cuando se explote una red de comunicaciones electrónicas de carácter público. Por ello, quedan exceptuados de la obligación de notificación, de conformidad con los artículos 6.2 de la LGTel y 5.4 del Reglamento de Prestación de servicios, los siguientes supuestos: (i) la explotación de redes y prestación de servicios en régimen de

² El Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios -en adelante, el Reglamento de Prestación de Servicios- determina y desarrolla las condiciones y términos para la explotación de las redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

autoprestación, (ii) los SCE y las instalaciones de seguridad o intercomunicación que, sin conexión a redes exteriores y sin utilizar el dominio público radioeléctrico, presten servicio a un inmueble, a una comunidad de propietarios o dentro de una misma propiedad privada y, (iii) los SCE establecidos entre predios de un mismo titular.

3.2 Concepto de reventa de SCE.

La entidad titular del museo no es un operador tradicional. Atendiendo a la descripción del servicio de acceso a Internet realizada por el Museo Picasso de Málaga, procede analizar en primer lugar si dicha prestación encaja o no directamente dentro del concepto de reventa de SCE.

Por lo general, cualquier SCE puede ser prestado en su modalidad de reventa. Actualmente, no existe en la normativa aplicable una definición de reventa. Ahora bien, esta Comisión ha entendido que la reventa de SCE implica la actuación del revendedor como cliente mayorista respecto de un operador y como suministrador minorista respecto a un tercero (usuarios final y/o abonado), siendo responsable de la prestación del servicio ante el mismo y de aspectos conexos como facturación, la calidad, atención al cliente, etc. El revendedor contrata en su propio nombre y presenta a sus potenciales clientes el servicio como propio, ofreciendo sus propias condiciones comerciales y precios.

El Derecho comunitario de la Competencia distingue el contrato de agencia de la figura del revendedor independiente en las Directrices de la Comisión Europea relativas a las restricciones verticales³. Se considera contrato de agencia propiamente dicho aquél en el que el agente no se implica económicamente en la actividad del principal. En ese sentido, la figura del agente se asemeja más a la de un intermediario sin capacidad de modificación de las condiciones impuestas por el empresario principal.

Sin embargo, en el supuesto de que se modifiquen esas condiciones aplicables a la prestación del servicio (*verbigracia* el precio) el prestador estaría llevando a cabo funciones más propias de un revendedor que de un agente. En estos casos, habrá, entre el operador mayorista y el que presta el servicios(s) a los usuarios finales, un acuerdo de acceso a redes o recursos o servicios asociados de comunicaciones electrónicas.

Entre otras, la Resolución de la CMT de 29 de abril de 2002 por la que se adoptan medidas cautelares con respecto a la “*oferta de servicios de telecomunicaciones públicas para locutorios*” de Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.⁴ establece:

“En consecuencia, es evidente que TTP no se limita a realizar una mera intermediación de los servicios de TESAU. TTP contrata en su propio nombre y presenta a sus potenciales clientes el servicio como propio, con

³ SEC(2010) 411 final (DO C 130 de 19/05/2010).

⁴ Expediente núm. OM 2002/6634.

*sus propias condiciones y tarifas. A este respecto, puede recordarse que, tal y como estableció esta Comisión en su Resolución con respecto al acuerdo entre TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y FADESA INMOBILIARIA, S.A., de 7 de febrero de 2002, «es consustancial a la figura del agente el limitarse a mediar en los contratos por cuenta de su principal. El cliente final con quien realmente está contratando es con el principal. El agente se limita a su labor de mediación. El principal es, por tanto, quien define el servicio y su precio. En caso contrario, no podría hablarse de acuerdo de agencia, y se habría de analizar el acuerdo a la luz del derecho de la competencia (...) en tanto que agente, no puede alterar las condiciones aplicables a la prestación del servicio. Es TESAU quien presta el servicio y quien define el precio del mismo, con arreglo al sistema de regulación de precios vigente. **En caso de pretender (...) alterar las condiciones de prestación del servicio y, singularmente, el precio, entraría en funciones más propias de un revendedor que de un agente.** En efecto, existen en el mercado de las telecomunicaciones diversas entidades cuyo negocio, en todo o en parte, consiste en adquirir servicios de telecomunicaciones de operadores para, alterando las condiciones de prestación del mismo o, simplemente, su precio, ponerlo a disposición de los clientes finales. La diferencia entre estas entidades y los agentes es que las primeras contratan en nombre propio con el cliente, y ello les permite fijar o modular las condiciones de prestación del servicio o su precio, en tanto que los agentes se limitan a promover la contratación de servicios de su principal, cuyo servicio, con sus condiciones y precio, es el que los clientes finales contratan y reciben, sin alteración.»*

Los criterios anteriores no sirven al propósito de ayudar a calificar la actividad desarrollada por el titular del museo, pues éste no se responsabiliza de la prestación de un SCE.

3.3 Tratamiento regulatorio de la prestación del servicio de acceso a Internet en el interior de hoteles, cafeterías y restaurantes: criterios orientativos.

La CMT⁵ analizó, en su Resolución de 7 de septiembre de 2010⁶, si la prestación del servicio de acceso a Internet en el interior de establecimientos comerciales (hoteles, restaurantes o cafeterías) debía considerarse o no una reventa de SCE. En dicha Resolución, además de actualizarse el tratamiento regulatorio aplicable a la prestación del servicio de acceso a Internet en el interior de los citados establecimientos comerciales, se sentaron los criterios que permiten determinar la naturaleza de tal prestación en determinados

⁵ Organismo regulador sectorial sustituido por la actual Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC).

⁶ Resolución sobre los criterios sobre la consideración como inscribibles en el Registro de Operadores de actividades de comunicaciones electrónicas realizadas por establecimientos comerciales, tales como hoteles, restaurantes y cafeterías (expediente núm. RO 2010/1379).

supuestos, esto es, si ésta encajaba o no dentro del concepto de reventa de SCE y debía ser calificada como una prestación notificable a efectos del Registro de Operadores de conformidad con el ordenamiento jurídico de telecomunicaciones.

Tomando como referencia tanto el tratamiento que de estos supuestos han realizado algunas ANR europeas como el tratamiento regulatorio de los locutorios de la CMT, a continuación comentado, los criterios señalados en la mencionada Resolución de 7 de septiembre de 2010 para calificar una actividad como SCE objeto de inscripción son los siguientes:

- **El suministrador ha de ser responsable de la prestación del SCE frente al usuario final.**

Partiendo de la premisa de que el SCE debe incluir el transporte de la señal, un primer criterio a tener en cuenta es la relación contractual que vincula a la entidad prestadora del servicio con el usuario final, conforme a la cual el prestador del SCE se responsabiliza frente al usuario final del mencionado transporte de la señal, con independencia de si dicho transporte se lleva a cabo mediante redes propias o ajenas.

En tal caso, el prestador del SCE presenta el servicio como propio ante terceros, contrata en su propio nombre y representación, ofrece sus propias condiciones y precios, factura directamente al usuario final por el SCE que ofrece y se responsabiliza de la salvaguarda de los derechos de los usuarios receptores del servicio.

Igualmente, es importante considerar cual es la percepción de los usuarios y qué prestaciones ha contratado y espera de la entidad facilitadora del servicio.

- **La prestación del SCE ha de suponer una actividad económica.**

Los SCE se prestan “*por lo general a cambio de una remuneración*” -tanto según el Anexo de la LGTel como según el artículo 2 (Definiciones) de la Directiva Marco-, lo que supone que constituyen una actividad económica para el prestador. Esto es, el servicio tiene que ser comercial por naturaleza, por lo que se debe prestar a cambio de una remuneración directa o indirecta (intercambio por otros servicios, financiación por terceros vía publicidad, etc.).

El concepto de remuneración consiste en la existencia de cualquier beneficio evaluable económicamente que se obtenga por la prestación, independientemente de quién lo financie y cómo. Las entidades sin ánimo de lucro también prestan servicios de naturaleza económica.

- **La prestación ha de hacerse al público en general.**

Según se ha señalado anteriormente, los SCE pueden prestarse a terceros o en régimen de autoprestación. La CMT se ha pronunciado sobre ambas modalidades de prestación en reiteradas ocasiones, señalando que la expresión “*disponible al público en general*” debe ser interpretada como a terceros. *Sensu contrario*, la expresión “*régimen de autoprestación*” se entiende

como la actividad prestada “*para satisfacer sus propias necesidades de comunicaciones*”.

De esta manera, la LGTel únicamente sujeta a control la explotación de redes públicas o la prestación de servicios disponibles al público.

En ocasiones la línea divisoria para determinar si el SCE que se presta está disponible al público en general o si se trata de un servicio prestado en un grupo privado de usuarios o en autoprestación es dudosa. Ello hace necesario tomar en consideración la concurrencia de otros elementos que caracterizan la prestación del SCE, tales como los destinatarios, el tamaño de la red o de que se produzca una suma de muchas redes internas, así como la intencionalidad o finalidad última de la prestación del mismo.

Únicamente deben considerarse operadores de SCE los que prestan el mismo al público, debiéndose eximirse de tal obligación a todas aquellas entidades que presten servicios cuando concurren, entre otros, elementos tales como:

- El prestador del SCE no tiene intención de suministrarlo a una pluralidad indeterminada de usuarios, sino sólo a aquellos que reúnan una determinada condición o pertenencia a un grupo concreto, como por ejemplo, clientes de hoteles o cibercafés.
- Los destinatarios del servicio mantienen una relación económica principal con el prestador del SCE distinta de la actividad de telecomunicaciones. De forma que esta segunda actividad es accesoria al ser mínima.
- El ámbito de cobertura del servicio está restringido a un espacio físico concreto –interior de un hotel, sede de una asociación-.

Tal y como se señala en la citada Resolución de 7 de septiembre de 2010, la aplicación de los citados criterios en el caso concreto de la prestación del servicio de acceso a Internet WiFi en el interior de establecimientos comerciales (hoteles, cafeterías y restaurantes) condujo a determinar que el titular del establecimiento comercial no era un operador prestador de SCE ni tampoco revendedor del mismo, si concurrían los siguientes motivos (procediendo analizarlo caso por caso):

- El titular del establecimiento no se responsabiliza frente a sus clientes (usuarios finales) del transporte de la señal en que consiste el servicio.
- Los clientes (usuarios finales) del establecimiento comercial son conscientes de que el prestador –real- del servicio es un operador de SCE y no el titular de dicho establecimiento, el cual tampoco suscribe un contrato de prestación de dicho servicio con los usuarios.
- La actividad de telecomunicaciones es accesoria a la actividad principal que presta el establecimiento a sus clientes, aun cuando reciba una contraprestación económica por tal servicio.

- Más aún, los destinatarios del servicio son únicamente las personas que tengan la condición de clientes de los establecimientos, los cuales configuran un grupo muy reducido de usuarios finales, estando el ámbito de cobertura del servicio restringido al interior de las instalaciones donde desarrollan su actividad estos establecimientos, no estando el servicio disponible al público en general.

De esta forma, estos supuestos reciben un tratamiento similar al otorgado a los locutorios. En la Resolución de esta Comisión de fecha 12 de diciembre de 2008⁷, se define a los locutorios como clientes o usuarios finales y no como operadores. De la misma forma los define la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2008⁸ y la Audiencia Nacional en Sentencia de 14 de marzo de 2006.

Siendo esta la doctrina de la Comisión, procede aplicarla al supuesto objeto de consulta.

3.4.- Aplicación de los criterios orientativos a la prestación del servicio de acceso a Internet en el interior de museos.

Si bien es cierto que en las Resoluciones de la CMT de fecha 12 de febrero⁹ y 5 de marzo de 2009¹⁰ y 18 de febrero de 2010¹¹, la prestación del servicio de acceso a Internet en el interior de museos fue calificada como un SCE disponible al público, excluyéndola del concepto de autoprestación¹² y, por tanto, sujeta al régimen de notificación de la LGTel, posteriormente, ha habido una evolución en la percepción generalizada de ciertos servicios de comunicaciones electrónicas, y en particular en la concepción por parte de este organismo público de cómo ha de considerarse la prestación de SCE por determinadas entidades, si se cumplen ciertos requisitos.

⁷ Resolución de 12 de diciembre de 2008 (recurso de reposición interpuesto por Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A. contra la Resolución del Secretario de fecha 4 de septiembre de 2008, por la que se acuerda no proceder a la cancelación de su inscripción en el Registro de Operadores) – expediente AJ 2008/1852-.

⁸ RJ 2009/226.

⁹ Resolución por la que se pone fin al período de información previa RO 2008/1476 y se procede a la incoación del procedimiento sancionador contra el Ayuntamiento de Málaga por el presunto incumplimiento de los requisitos exigibles para la explotación de redes y para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas –expediente núm. RO 2008/1476-.

¹⁰ Resolución por la que se da contestación a la consulta formulada por el Institut municipal d'informàtica sobre si la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso a Internet en determinados centros puede considerarse incluida en el régimen de autoprestación –expediente núm. RO 2009/193-.

¹¹ Resolución del procedimiento sancionador RO 2009/229 incoado contra el Ayuntamiento de Málaga por el presunto incumplimiento de los requisitos exigibles para la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

¹² El concepto de autoprestación ha sido analizado en diversas ocasiones por la CMT, y a los efectos de la LGTel, supone la satisfacción de las necesidades propias de comunicación –entendiendo tanto las de los trabajadores de una determinada empresa como las de los usuarios en relación con el contenido del servicio prestado-, así como los supuestos en los que el titular de la red o el prestador del servicio se limiten a satisfacer sus necesidades de comunicación, sin incluir terceros.

En este contexto, se aprobó la Resolución de 7 de septiembre de 2010 en la que se establecen los criterios para determinar la naturaleza de la prestación del servicio de acceso a Internet en el interior de establecimientos comerciales, tales como hoteles, restaurantes y cafeterías.

Así, el servicio descrito por el Museo Picasso de Málaga presenta unas características similares a la prestación del servicio de acceso a Internet WiFi en el interior de establecimientos comerciales (hoteles, restaurantes, cafeterías o centros comerciales), por lo que resulta procedente aplicar los criterios anteriormente señalados para determinar si concurren en este supuesto.

- **Responsabilidad del servicio:** el Museo Picasso de Málaga únicamente permite el acceso a Internet en el recinto del museo –no en otros sitios- y no se responsabiliza del transporte de la señal en que consiste el servicio de acceso a Internet frente a los visitantes del museo: (i) los visitantes son conscientes de que el prestador –real- del servicio es un operador de SCE, (ii) el Museo Picasso de Málaga no presentará el servicio como propio a los mismos y (iii) el museo Picasso de Málaga tampoco suscribirá un contrato de prestación de dicho servicio con sus visitantes.
- **Cobertura:** El ámbito de cobertura del servicio está restringido al interior de las instalaciones del museo, especialmente en espacios concretos, como el Café, la Librería o la Sala de Lectura.
- **Destinatarios:** Los destinatarios del servicio son únicamente las personas que tengan la condición de visitantes del museo –previa compra de la correspondiente entrada-, los cuales constituyen un grupo muy reducido y determinado de usuarios finales.
- **Carácter del servicio:** La actividad de telecomunicaciones, consistente en permitir el acceso a su conexión de Internet en el recinto, es accesoria a la actividad principal¹³ que presta el museo a sus visitantes, aun cuando reciba una contraprestación económica por tal servicio.

En consecuencia, por similitud de conceptos y en aras a los principios de seguridad jurídica y confianza en el sector -aplicación de condiciones semejantes en circunstancias equivalentes- y de interpretación analógica, resulta necesario aplicar al supuesto particular consultado los criterios antes definidos para la prestación del servicio de acceso a Internet mediante redes WiFi en el interior de establecimientos comerciales (cafeterías, hoteles, restaurantes).

¹³ De acuerdo con el artículo 59.3 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español, son museos “*las instituciones de carácter permanente que adquieren, conservan, investigan, comunican y exhiben, para fines de estudio, educación y contemplación, conjuntos y colecciones de valor histórico, artístico, científico y técnico o de cualquier otra naturaleza cultural*”.

De esta manera, en base a la naturaleza de la actividad consultada y a semejanza de los titulares de los establecimientos comerciales, debe considerarse al titular del Museo Picasso de Málaga como un cliente o usuario final y no como un operador de SCE. El Anexo II de la LGTel, define en su apartado 35 al usuario final como *“el usuario que no explota redes públicas de comunicaciones ni presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público ni tampoco los revende”*.

En definitiva y en consecuencia de todo lo anterior, esta Comisión entiende que a día de hoy el Museo Picasso de Málaga no debe inscribirse en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas para la prestación del servicio de acceso a Internet WiFi en su interior y a sus visitantes. En todo caso, este supuesto no prejuzga otras conclusiones que puedan alcanzarse por la Administración competente si las características del servicio o del titular cambian, o una evolución de las circunstancias obliga o aconseja una modificación de este criterio.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado.

