

ACUERDO POR EL QUE SE CONTESTA A LA CONSULTA PLANTEADA POR VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. SOBRE LAS CARACTERÍSTICAS DE DETERMINADOS SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS PRESTADOS EN ESTABLECIMIENTOS HOTELEROS Y TURÍSTICOS

CNS/DTSA/640/18/SCE ESTABLECIMIENTOS HOTELEROS VODAFONE

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz
D. Mariano Bacigalupo Saggese
D. Bernardo Lorenzo Almendros
D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 23 de mayo de 2019

Vista la consulta planteada por Vodafone España, S.A.U sobre el ámbito de cobertura en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en el interior de establecimientos comerciales, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I. OBJETO Y DESCRIPCIÓN DE LA CONSULTA

Vodafone España, S.A.U. –Vodafone-, ha planteado, a través de un escrito presentado en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia –CNMC- en fecha 9 de octubre de 2018, una consulta sobre el tratamiento regulatorio al que debe estar sujeta la prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas prestado por un cliente empresarial.

Según consta en dicho escrito:

- **[CONFIDENCIAL VERSIÓN PÚBLICA ...]** (en adelante, el titular de la app) es una empresa que ha desarrollado una solución tecnológica (aplicación móvil) para comercializar de forma conjunta servicios turísticos y servicios de comunicaciones electrónicas de voz y datos. La aplicación tecnológica está instalada única y exclusivamente en determinados dispositivos móviles inteligentes. La conectividad necesaria para su prestación será ofrecida mediante tarjetas SIM de Vodafone instaladas en los dispositivos móviles.

Actualmente, el titular de la app tiene suscritos varios acuerdos con varias cadenas hoteleras de Europa y quiere comenzar a comercializar sus servicios en España.

- La aplicación tecnológica se comercializa, por un lado, a los titulares de los establecimientos de alojamiento turístico (hoteles/apartamentos turísticos) a cambio de una contraprestación y, por otro lado, se pone a disposición de los huéspedes de estos establecimientos en las habitaciones de forma gratuita.

Los servicios que se ofrecen a los huéspedes de los hoteles son: (i) servicios turísticos –guías turísticas detalladas con contenido multimedia, geolocalización, consejos de viajes, comidas y bebidas, compra de entradas, etc.-, a través de la aplicación (ii) todos los servicios internos del hotel –servicio de habitaciones, restaurante, spa, apertura de puertas, control TV inteligente, domótica, servicios de reserva, etc.- y, (iii) servicios de comunicaciones electrónicas de voz y datos –posibilidad de realizar llamadas de voz nacionales e internacionales así como acceso a Internet de alta velocidad-.

Los dos primeros servicios son remunerados por los huéspedes de los hoteles/apartamentos turísticos que los contratan, mientras que los servicios de comunicaciones electrónicas se ofrecen gratuitamente –a los huéspedes de los establecimientos mencionados-.

- El ámbito de cobertura del dispositivo móvil está restringido a las cercanías del hotel/apartamentos turísticos bloqueándose cuando el usuario (turista) se aleja a más de una determinada distancia del correspondiente establecimiento.

A juicio de Vodafone, los servicios de comunicaciones electrónicas de voz y datos descritos no están disponibles al público en general, al igual que ocurre con la prestación del servicio de acceso a Internet en el interior de los hoteles examinado en el año 2010¹. De conformidad con lo anterior, a juicio de Vodafone estos servicios no deben ser comunicados previamente al Registro de Operadores de acuerdo con el artículo 6.2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), por los siguientes motivos:

- El titular de la app no se responsabiliza del transporte de la señal e “informaría” a sus usuarios de que la responsabilidad por la conectividad de datos necesaria será exclusivamente de Vodafone.

¹ Resolución de 7 de septiembre de 2010, por la que se adoptan criterios sobre la consideración como inscribibles en el registro de operadores de actividades de comunicaciones electrónicas realizadas por establecimientos comerciales (como hoteles, restaurantes, cafeterías, centros comerciales) (Expte núm. RO 2010/1379).

La actividad de comunicaciones electrónicas es una actividad accesoria a una actividad principal consistente en la prestación de servicios turísticos que se prestan a cambio de una contraprestación económica.

En este sentido, Vodafone en su escrito señala que

“La actividad económica que realiza [CONFIDENCIAL VERSIÓN PÚBLICA ...] es la prestación de servicios turísticos y es esta actividad la que le reporta los beneficios empresariales que aseguran la continuidad de su actividad.

(...)

[L]a conectividad de los servicios turísticos que presta es un coste que asume como parte del servicio que presta, por tanto, la prestación de los servicios de comunicaciones no forma parte de los ingresos o de la remuneración que percibe, sino que forma parte de los costes de su actividad.”]

De manera que Vodafone define el servicio de conectividad como un servicio accesorio necesario para la prestación de los servicios turísticos, por los que cobra a los usuarios.

- Los servicios de comunicaciones electrónicas están únicamente disponibles a un conjunto muy definido de personas que son los huéspedes de los hoteles/apartamentos turísticos.

Partiendo, en consecuencia, de la equiparación del supuesto consultado con el servicio prestado en hoteles y cafeterías, Vodafone plantea las siguientes cuestiones relacionadas con el criterio relacionado con el ámbito de cobertura del servicio:

- ¿Existe un área máxima de cobertura alrededor del hotel para la prestación del servicio en términos absolutos a partir del cual el servicio se consideraría una reventa del servicio de comunicaciones electrónicas?
- Si la respuesta es negativa, ¿la consideración es siempre que la cobertura debe ajustarse al área en la que se presta el servicio principal –servicio turístico?

A la vista de lo anterior, el presente acuerdo tiene como objeto contestar a las cuestiones planteadas por Vodafone acerca de la interpretación del ámbito de cobertura de los servicios de comunicaciones electrónicas descritos, para no ser considerados como disponibles al público en general.

II. HABILITACIÓN COMPETENCIAL DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Tal y como señala el artículo 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (en adelante, LCNMC) esta Comisión actuará como órgano consultivo

sobre las cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos. En este sentido, el artículo 8.1 del Estatuto orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, atribuye al Consejo de este organismo, entre otras, las funciones consultivas previstas en la Ley.

Del mismo modo, el artículo 5.3 de la LCNMC establece que, en los mercados de comunicaciones electrónicas y comunicación audiovisual, la CNMC estará a lo dispuesto en el artículo 6, atribuyendo a este organismo el artículo 6.5 de esta Ley *“realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre^[2], y su normativa de desarrollo”*. Entre las funciones que señala la LGTel, cabe indicar que el artículo 70.2.ñ) establece que compete a la CNMC, *“realizar cualesquiera otras funciones que le sean atribuidas por ley o por real decreto”*.

Asimismo, y de acuerdo con los artículos 7 y 69.b) de la LGTel, la competencia para la gestión del Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas continúa siendo ejercida por la CNMC en aplicación del régimen previsto en la disposición transitoria décima de la LGTel, hasta que el Ministerio de Economía y Empresa³ asuma efectivamente el ejercicio de dicha competencia.

Por último, en particular, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC resulta competente para emitir este acuerdo, en virtud de lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC y los artículos 8.1 y 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

III. CONTESTACIÓN A LA CONSULTA PLANTEADA

Atendiendo a la descripción de la consulta planteada (véase apartado I, *“Objeto y descripción de la consulta”*), ha de partirse de que, de conformidad con lo establecido en el primer párrafo del artículo 6.2 de la LGTel, *“los 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, comunicarlo previamente al Registro de operadores en los términos que se determinen mediante real decreto, sometiéndose a las condiciones previstas para el ejercicio de la actividad que pretendan realizar”*.

Sin perjuicio de esta regla general, existen circunstancias excepcionales que se aplican a determinadas actividades de comunicaciones electrónicas y que las exceptúan de su comunicación al Registro de operadores, que son las siguientes:

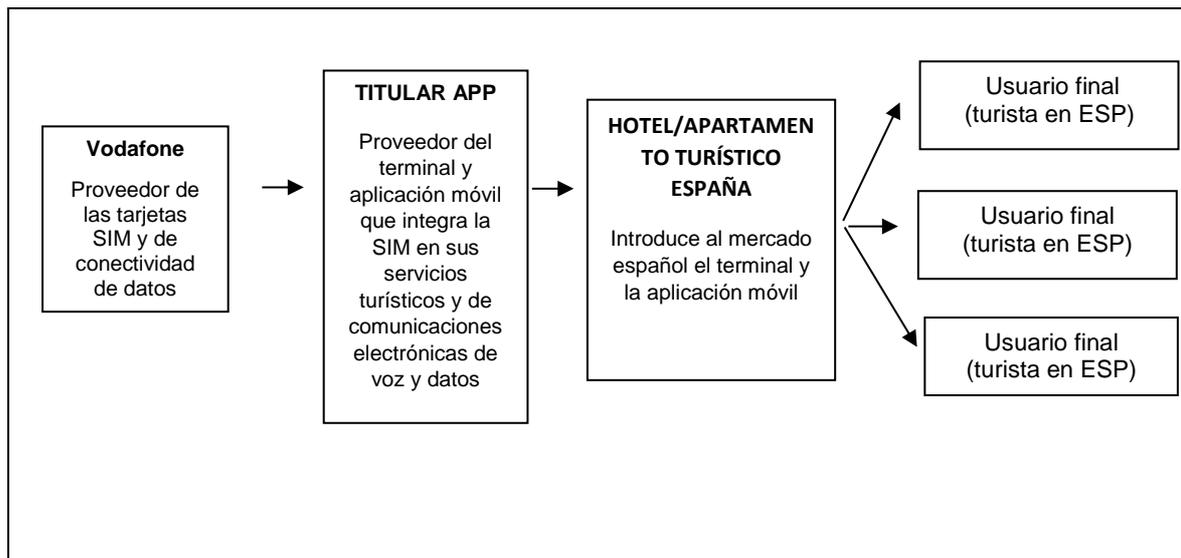
² Esta remisión a la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, ha de entenderse efectuada en la actualidad a la LGTel de 2014, que ha derogado la anterior ley.

³ De conformidad con el Real Decreto 355/2018, de 6 de junio, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales, modificado por el Real Decreto 948/2018, de 24 de julio.

- (i) supuestos de autoprestación: tal como prevé expresamente el segundo párrafo del artículo 6.2 de la LGTel el servicio no se presta con vocación de disponibilidad al público sino exclusivamente para uso interno del propio prestador, y
- (ii) aquellos casos en los que el servicio de comunicaciones electrónicas se ofrece con significativas restricciones en términos de funcionalidades y número de usuarios y se trata de un servicio accesorio a la prestación principal, en el que se considera que falta el elemento de la prestación al público en general.

3.1 Descripción de la cadena de valor de los servicios a prestar

La cadena de valor en la prestación de servicios turísticos y de comunicaciones electrónicas a través de la aplicación móvil integrada de forma exclusiva en los terminales puestos a disposición de los huéspedes, descrita por Vodafone en su consulta, es la siguiente:



Esta cadena de valor implica la existencia de relaciones mayoristas de carácter contractual en la que intervienen tres agentes distintos en la prestación de servicios turísticos y de comunicaciones electrónicas de voz y datos y los turistas en España que utilizan dichos servicios:

- El titular de la app es la empresa titular de la aplicación móvil que adquiere (i) las tarjetas SIM y la conectividad de datos necesarias para la provisión de sus servicios turísticos y de comunicaciones electrónicas a través de dicha aplicación y (ii) los dispositivos móviles inteligentes en los que integrar su aplicación.

- Vodafone es el operador de red móvil español encargado de proveer la tarjeta SIM necesaria para la conectividad de datos.
- El titular de la app ha alcanzado un acuerdo de comercialización exclusivo con un fabricante de dispositivos móviles, en los que integra la aplicación móvil, así como las tarjetas SIM que le proveerá Vodafone.
- El titular de la app ha suscrito un acuerdo con el hotel/apartamento turístico, para poner a disposición de los huéspedes de tales establecimientos hoteleros los servicios ofrecidos a través de la aplicación móvil durante su estancia en España.
- Los usuarios finales son personas físicas que están de turismo en España, se alojan en el hotel o apartamento turístico y utilizan los dispositivos mencionados –dispositivo móvil con la tarjeta SIM de Vodafone que el titular de la app proporciona al hotel-, contratando en su caso los servicios turísticos ofrecidos a través de la aplicación móvil. Estos usuarios conocen el número telefónico asociado a la tarjeta SIM del dispositivo, para realizar y recibir llamadas.

En el escrito de consulta presentado por Vodafone no se aporta información detallada sobre las relaciones contractuales entre los diversos integrantes de la cadena, ni siquiera la suscrita entre Vodafone y el titular de la app.

3.2 Sobre la calificación del servicio consultado

Vodafone parte de la asimilación del servicio consultado al analizado por esta Comisión para la prestación de servicios de acceso a Internet sobre redes WiFi en hoteles en el año 2010 –ver nota al pie 1-. En este sentido, define la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de voz y datos (llamadas y conexión de alta velocidad), a través de los teléfonos puestos a disposición de los huéspedes, como una actividad auxiliar o accesorio de la actividad principal de prestación de servicios turísticos, limitada en su ámbito de cobertura y sin que constituya, a su juicio, una actividad económica.

En primer lugar, ha de recordarse que la actividad analizada en el año 2010 es un servicio de comunicaciones electrónicas, sólo que, por sus características y, en particular, el rol de los titulares de hoteles y cafeterías respecto del servicio de comunicaciones electrónicas, se ha considerado que estos agentes no son operadores de comunicaciones electrónicas. Pero esto es así porque se conoce que el servicio se presta por un operador de comunicaciones electrónicas al hotel y el hotel, que lo contrata para sus propias necesidades de negocio, lo que hace normalmente es dejar en abierto su acceso a Internet a través de WiFi a sus clientes en el interior de sus instalaciones físicas, donde el hotel desarrolla su actividad de alojamiento, no estando el servicio disponible al público en general, y sin colocarse en la posición del operador de comunicaciones electrónicas al no responsabilizarse del transporte de la señal. En este caso, la actividad de

telecomunicaciones es accesoria a la actividad económica principal de alojamiento.

Vodafone en ningún momento se refiere a la aplicación de esta doctrina a los propios titulares de los establecimientos de alojamiento turístico. Por ello, se entiende que la consulta presentada se refiere a la calificación de la actividad prestada por el titular de la app.

La doctrina de hoteles no es trasladable fácilmente al titular de la app en la prestación del servicio consultado, en la medida en que (i) esta empresa ofrece los servicios turísticos y de telecomunicaciones a todos los clientes de varios hoteles o cadenas hoteleras o apartamentos turísticos con los que haya alcanzado un acuerdo –por lo que el servicio se presta por una empresa a muchos usuarios (hoteles)⁴-, (ii) las redes WiFi son redes fijas de alcance limitado que no proporcionan servicios en movilidad a diferencia del supuesto consultado que se soporta sobre una red móvil con muy alta cobertura y (iii) la actividad de comunicaciones electrónicas es una actividad económica independiente que no puede ser considerada como una actividad auxiliar o accesoria de la actividad principal de prestación de servicios turísticos⁵.

En este sentido, el hecho de que no se cobre a los huéspedes por las llamadas realizadas ni por el servicio de acceso a Internet, no quiere decir que no sea una actividad económica, puesto que, aunque se defina por el titular de la app como accesoria a la principal actividad, se cobrará de los hoteles.

Por este motivo, se considera que se trata de un servicio inscribible y ha de analizarse si el prestador último del servicio de comunicaciones electrónicas, que se facilita a través de la aplicación, es el titular de dicha aplicación o Vodafone.

En lo que respecta al prestador del servicio de telecomunicaciones, según consta en el escrito de consulta, el titular de la app informará o “informaría” –en caso necesario- a los huéspedes de los hoteles/apartamentos turísticos de que los servicios de voz y datos serán proporcionados por Vodafone y que, en caso de incidencias o reclamaciones sobre estos servicios, deben dirigirse a esta compañía.

Por esta descripción, parece que el rol del titular de la app en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de voz y datos a los huéspedes de los hoteles no es la de un revendedor de servicios de comunicaciones electrónicas,

⁴ Es decir, no contrata un servicio de comunicaciones electrónicas en autoprestación, que facilita o abre a sus clientes del establecimiento.

⁵ Esta actividad puede ser muy atractiva para los ciudadanos residentes fuera del territorio del Espacio Económico Europeo (Islandia, Liechtenstein y Noruega) que visitan a España y utilizan los servicios de comunicaciones electrónicas de voz y datos (llamadas y conexión de alta velocidad) que se ofrecen a través de la app para no tener que pagar tarifas de itinerancia internacional.

haciéndose cargo del servicio, sino que facilita el servicio de comunicaciones electrónicas provisto a través de las tarjetas SIM de Vodafone, como si de un comercializador (agente/distribuidor) se tratase.

Si se suministra dicha información a los huéspedes, efectivamente el titular de la app no actuaría como operador de comunicaciones electrónicas, sino que actuaría como comercializador de un servicio de comunicaciones electrónicas que contrata con Vodafone la distribución a clientes finales de un servicio personalizado de conectividad de datos de muy alta calidad junto con servicios de valor añadido y servicios de asistencia técnica.

Junto al escrito de consulta no se ha aportado copia del contrato que regula la relación jurídica contractual entre Vodafone y el titular de la app. Se recomienda que el contrato que suscriban tales empresas identifique de forma clara esta cuestión y, en todo caso, deberá quedar claro en todo momento en la aplicación que es Vodafone el que suministra el servicio de conectividad.

En caso contrario, el titular de la app sería considerado como revendedor de servicios de comunicaciones electrónicas por esta Comisión. Se reproduce en este sentido el acuerdo de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 27 de septiembre de 2018⁶, en el que se recuerda que un revendedor es aquel prestador de servicios que, actuando como cliente mayorista respecto de un operador y como suministrador minorista respecto a un tercero, oferta el servicio en el mercado en su propio nombre, con condiciones, precio y características propias, contrata directamente con el cliente final ocupándose tanto de la facturación como de la atención comercial y responde frente a éste de la prestación del servicio (calidad, posibles incidencias, etc.).

3.3 Contestación a las preguntas formuladas por Vodafone

Como se ha señalado en el apartado I, “*Objeto y descripción de la consulta*”, Vodafone formula las siguientes cuestiones:

- ¿Existe un área máxima de cobertura alrededor del hotel para la prestación del servicio en términos absolutos a partir del cual el servicio se consideraría reventa del servicio de comunicaciones electrónicas?
- Si la respuesta es negativa, ¿la consideración es siempre que la cobertura debe ajustarse al área en la que se presta el servicio principal –servicio turístico-?

Estas preguntas se refieren ya exclusivamente a los servicios de telecomunicaciones (llamadas y acceso a Internet de alta velocidad) a prestar a través de los terminales puestos a disposición de los turistas en los establecimientos hoteleros. Si Vodafone se publicita o presenta claramente

⁶ Expte. núm. CNS/DTSA/777/17/INSCRIPCIÓN SERVICIOS TECH DATA.

como el prestador de los servicios de comunicaciones electrónicas, las anteriores cuestiones pierden relevancia, a juicio de esta Comisión, siendo indiferente si el área de cobertura no coincide exactamente con el área del servicio principal, ya que Vodafone está habilitado para prestar estos servicios con carácter nacional –y no concurre el riesgo de que el hotel sea el prestador del servicio de comunicaciones electrónicas, puesto que en ningún caso el hotel está prestando el servicio (esto no cambia con respecto a la doctrina de los hoteles)-. Esta conclusión también sería aplicable en el caso de que el titular de la app actuase como un revendedor de los servicios de comunicaciones electrónicas de voz y datos (llamadas y conexión de alta velocidad).

Como se ha señalado anteriormente, el servicio consultado no es asimilable a la prestación por los hoteles o titulares de establecimientos comerciales del servicio de acceso a Internet WiFi en el interior de sus instalaciones, porque el titular de la app no está en la misma posición de la cadena de valor que el titular del establecimiento comercial (hotel).

Para que resulte de aplicación la denominada doctrina de los hoteles deben concurrir de forma acumulativa los cuatro criterios establecidos por la Resolución de 7 de septiembre de 2010 –véase nota al pie 1-: cobertura, destinatarios, responsabilidad y carácter del servicio. La interpretación que esta Sala ha realizado sobre la concurrencia de los mencionados criterios ha sido siempre restrictiva y desde una perspectiva objetiva de usuario final, analizándose caso por caso las características del servicio, su lugar de prestación, si su utilidad objetiva para el usuario final es limitada y, por tanto, tal prestación no entra a competir con los servicios prestados por los operadores de comunicaciones electrónicas.

En cualquier caso, para entender que el hotel u otro tipo de prestador no es inscribible en el Registro de Operadores, en relación con la concurrencia del criterio de cobertura, esta Sala ha señalado en diversas ocasiones⁷ que *“el ámbito de cobertura del servicio ha de estar restringida a un espacio físico concreto, muy delimitado”*, esto es, dicho espacio debe corresponderse únicamente con el interior de las instalaciones o los edificios donde se desarrolla la actividad principal (hoteles, cafeterías, restaurantes, albergues, edificios públicos, etc.). Fuera de tales espacios, la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas excede claramente de los usos a los que está adscrita dicha actividad principal.

De forma adicional ha de tenerse en cuenta otro aspecto. Ha de recordarse que esta cuestión se ha analizado normalmente con redes inalámbricas de área local de corto alcance (WiFi), cuyo ámbito de cobertura puede en ocasiones sobrepasar de forma limitada el recinto que se cubre con la antena. Ese exceso derivado de la propia naturaleza de la red inalámbrica no se ha tenido en cuenta a la hora de determinar la no inscripción del prestador del servicio, por el carácter

⁷ Por todas, vid nota al pie 1.

técnicamente limitado de dicho exceso, circunstancia que no concurre en el supuesto analizado en la presente resolución.

Si por el número de antenas o por el tipo de tecnología la cobertura va más allá de las instalaciones que ofrecen el servicio a sus usuarios –como ocurre con las redes móviles de cobertura nacional-, el criterio de cobertura que tradicionalmente se ha aplicado en el caso de los hoteles ha de considerarse de manera distinta.

IV. CONCLUSIONES

En relación con las cuestiones planteadas por Vodafone, se concluye lo siguiente:

- Con los datos aportados, en principio la doctrina sentada en la Resolución de 7 de septiembre de 2010 en relación con la prestación de servicio de acceso a Internet sobre redes WiFi en el interior de establecimientos comerciales, como los hoteles, no resulta trasladable al servicio consultado.

El titular de la app no asume la misma posición de la cadena de valor que el titular del establecimiento comercial (hotel), principalmente, porque contrata para sus clientes los servicios de comunicaciones electrónicas con Vodafone, mientras que el hotel (en el supuesto analizado en la Resolución de 7 de septiembre de 2010) lo contrata para sí mismo y deja en abierto la conexión a Internet contratada con el operador de comunicaciones electrónicas. El titular de la app ofrece los servicios turísticos y de telecomunicaciones a todos los clientes de varios hoteles o cadenas hoteleras o apartamentos turísticos con las que haya alcanzado un acuerdo, mientras que los titulares de establecimientos de alojamiento turístico (supuesto analizado en la Resolución citada anteriormente) facilitan el servicio de comunicaciones electrónicas como accesorio a otra actividad principal en una única ubicación.

Sin embargo, en el caso planteado, la actividad de telecomunicaciones supone el ejercicio de una actividad económica independiente, separada de la actividad de prestación de servicios turísticos que se prestan a través de la app.

- Si Vodafone publicita o se presenta claramente como el prestador de los servicios de comunicaciones electrónicas de conectividad, el titular de la app no será operador de comunicaciones electrónicas, sino un distribuidor o comercializador de un servicio de Vodafone. El contrato que formalicen ambos debería identificar claramente este aspecto. En caso contrario, el titular de la app estaría llevando a cabo una reventa de servicios de comunicaciones electrónicas y debería en ese caso realizar la comunicación previa prevista en el Registro de Operadores de acuerdo con el artículo 6.2 de la LGTel.

- En cualquier caso, las cuestiones planteadas a esta Comisión sobre el ámbito de cobertura pierden relevancia porque se refieren a los servicios de telecomunicaciones (llamadas y de acceso a Internet de alta velocidad) prestados por el operador de comunicaciones electrónicas (Vodafone o el titular de la app), siendo indiferente si el área de cobertura no coincide exactamente con el área del servicio principal, ya que la red móvil de Vodafone es de ámbito nacional.