



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JAIME ALMENAR BELENGUER, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

### CERTIFICA:

Que en la Sesión del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 22 de septiembre de 2005, se ha adoptado el siguiente Acuerdo, en relación con el expediente RO 2004/1796:

**RESOLUCIÓN POR LA QUE SE PONE FIN AL PERIODO DE INFORMACIÓN PREVIA INICIADO EN RELACIÓN CON EL ESCRITO PRESENTADO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA LAS ENTIDADES BT ESPAÑA COMPAÑÍA DE SERVICIOS GLOBALES DE TELECOMUNICACIONES, S.A.U. Y CONDUIT SOFTWARE LIMITED, S.L. POR UN PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA CIRCULAR 1/2004, DE 27 DE MAYO, DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES, POR LA QUE SE INTRODUCE EL CONSENTIMIENTO VERBAL CON VERIFICACIÓN POR TERCERO EN LAS TRAMITACIONES DE PRESELECCIÓN DE OPERADOR.**

### HECHOS

**Primero.** Con fecha 15 de noviembre de 2004 ha tenido entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito presentado por la entidad Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica).

En dicho escrito se denuncia a las entidades BT ESPAÑA COMPAÑÍA DE SERVICIOS GLOBALES DE TELECOMUNICACIONES, S.A.U. (en adelante, BT) y CONDUIT SOFTWARE LIMITED, S.L. (en adelante, Conduit) por tener fundadas sospechas de que la entidad Conduit no cumple los requisitos establecidos en la Circular 1/2004, de 27 de mayo, por la que se introduce el consentimiento verbal con verificación por tercero en las tramitaciones de preselección de operador (en adelante, Circular 1/2004).

En concreto, Telefónica expone lo siguiente:

- El 12 de julio de 2004 Telefónica interpuso recurso de reposición contra la Circular 1/2004 y en fecha 11 de junio de 2004 formuló consulta ante la CMT, consulta que amplió posteriormente mediante escritos presentados los días 23 y 29 de julio de 2004.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Se incumple el apartado Tercero.d) de la Circular 1/2004, en relación con el incumplimiento del (i) artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, reguladora de la Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD) por cuanto el cuestionario aportado por los denunciados no respeta el derecho de información expreso, preciso e inequívoco de la existencia de un fichero o del tratamiento de los datos, de la finalidad de su recogida así como de la identidad y dirección del responsable del tratamiento y (ii) capítulo II de la LOPD, por cuanto no se han respetado las disposiciones relativas a la creación, notificación e inscripción registral de ficheros automatizados.
- Destaca la falta de información proporcionada sobre la entidad verificadora de la preasignación de BT, en concreto, sobre su objeto social y la existencia de relación alguna con entidades de comunicaciones electrónicas a fin de constatar el cumplimiento de los requisitos establecidos en los apartados a), e) y f) del apartado Tercero de la Circular.
- De los cuestionarios remitidos por BT para su conocimiento se desprende la intervención de una tercera entidad, denominada "Affinalia", sin explicar cuál es su labor en el proceso de preasignación verbal, a pesar de mencionarla en numerosas ocasiones, lo que conlleva la imposibilidad de delimitar si la mencionada entidad cumple los requisitos exigidos por la Circular.
- Se está incumpliendo el apartado cuarto. a) 3 de la Circular por cuanto del texto del cuestionario se evidencia que la información facilitada por el verificador es una información "*absolutamente comercial*" cuya finalidad es promocionar comercialmente los servicios de BT. En concreto, Telefónica hace alusión a la siguiente frase: "*Finalmente usted autoriza a Affinalia a que, con el objetivo de garantizarle siempre el mejor servicio, pueda realizar en un futuro (...)*"
- Se incumple el apartado quinto de la Circular por los siguientes motivos: (i) el verificador responde a preguntas del cliente sobre el servicio de preselección que no tienen relación con los puntos del cuestionario de verificación (letra j) del artículo quinto); (ii) el verificador induce de forma activa a la contestación del abonado en determinado sentido durante el proceso de verificación (letra l) del artículo quinto); y (iii) el verificador realiza una actividad que puede ser considerada como de promoción comercial del servicio de un operador (letra n) del artículo quinto).

Telefónica añade que, por lo anterior, deberían modificarse los cuestionarios que le facilita BT pues la consecuencia de no hacerlo sería que todas las verificaciones efectuadas con dicho cuestionario serían negativas a tenor de lo establecido en el artículo quinto de la Circular.

- Se incumple el artículo segundo de la Circular puesto que de los cuestionarios remitidos por BT el que hace referencia a "solicitud de Cancelación de Preselección" no corresponde al modelo que se establece en el Anexo I de la



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Circular como “Inhabilitación de la Preselección” puesto que en ningún caso les corresponde a las entidades de verificación de BT ni de ningún otro operador el mantener contacto con el cliente con la finalidad de cancelar la preselección con el operador preseleccionado, por lo tanto según Telefónica no procede la comunicación ni el empleo por parte de la entidad de verificación de BT del tercer cuestionario aportado.

- Se incumple el artículo cuarto apartado d) 3 de la Circular al entender que BT en el cuestionario no cumple con el plazo de 7 días hábiles que tiene el abonado para ejercer el derecho de revocación una vez recibida la confirmación documental de la actuación de preselección efectuada.

Añade que según el cuestionario de BT se informa de que el abonado “...dispone de 10 días, a partir de la fecha de envío de dicha documentación, para cancelar o modificar el presente contrato”, sin especificar que sean días hábiles y estableciendo el cómputo del plazo desde la fecha de envío y no desde que el cliente recibe la documentación, lo que no permite comprobar si se está cumpliendo con el plazo dispuesto en la Circular.

- La Circular contiene disposiciones taxativas sobre los requisitos que deben cumplir las entidades verificadoras que no pueden ser comprobados por otros operadores ajenos a aquél con quien contrata sus servicios de verificación. No es posible comprobar el cumplimiento de los requisitos respecto de la relación contractual establecida entre el operador solicitante de la preselección y dicha entidad. Por todo ello Telefónica plantea la necesidad de un Registro de entidades habilitadas para la verificación del consentimiento verbal en las tramitaciones de preselección de operador o en su defecto una habilitación que redundara en la seguridad jurídica de los clientes y de los operadores.
- En virtud del artículo 51.c) de la LGTel, las entidades de verificación pueden ser responsables de infracciones (artículos 54.q) y 55.e) de la LGTel) si se constata su incumplimiento de la Circular 1/2004.
- Para evitar que Telefónica y los clientes soporten las consecuencias de las actuaciones y procedimientos contrarios a derecho detectados, se solicita la adopción de medidas cautelares para que las entidades denunciadas se abstengan de actuar en el ámbito de la Circular 1/2004.

Telefónica adjunta la carta que ha recibido de BT comunicándole la contratación de la entidad de verificación Conduit y adjuntándole el cuestionario a utilizar.

**Segundo.** Mediante escritos de fecha 30 de noviembre de 2004, esta Comisión notificó a Telefónica, BT y Conduit la apertura de un periodo de información previa con el fin de conocer con mayor detalle las circunstancias concretas del escrito presentado y, consecuentemente la conveniencia o no de iniciar el



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

correspondiente procedimiento, otorgándoles un plazo de diez días para formular alegaciones.

**Tercero.** Asimismo, mediante escrito de 30 de noviembre de 2004, esta Comisión requirió a Conduit la siguiente información y documentación acreditativa:

- *Estatutos sociales de la entidad Conduit incluyendo expresamente el objeto social, órgano de administración y mayorías requeridas para la adopción de decisiones de la citada entidad y de su órgano de administración.*
- *Composición y designación del actual órgano de administración de la entidad Conduit*
- *Composición accionarial actual de la entidad Conduit*
- *Ubicación geográfica de la prestación del servicio de verificación por terceros.*
- *Contratos o acuerdos suscritos con la entidad BT, en especial, el formalizado para la prestación del servicio de verificación por terceros.*
- *Cartera de acciones o participaciones sociales en otras entidades que ostenta Conduit*
- *Actuaciones practicadas por Conduit relativas a la protección de datos, en cuanto a la práctica del servicio de verificación por terceros.*

Con fecha 16 de diciembre de 2004, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Conduit dando contestación al requerimiento evacuado por esta Comisión, aportando determinada documentación y manifestando, entre otras cuestiones que:

- El servicio que presta Conduit consiste exclusivamente en la atención de las solicitudes de los abonados de los clientes de BT relativas a la preasignación, grabando las mismas y conservándolas a disposición exclusiva de BT y de las Autoridades Públicas competentes.
- Respecto a la denuncia de incumplimiento de la normativa de protección de datos presentada por Telefónica, Conduit (i) presta su servicio encuadrándolo en el supuesto de artículo 12 de la LOPD, actuando como encargado del tratamiento de los mismos y así lo indica en el contrato celebrado con BT, (ii) implementa los sistemas de medidas de seguridad adecuados conforme a lo establecido en el Reglamento de Medidas de Seguridad de los Ficheros Automatizados de Datos Personales (iii) cumple con el deber de información del tratamiento de los datos del consumidor establecido en el artículo 5 de la LOPD *“atendiendo las llamadas que reciba para la prestación del servicio informando al interesado a este respecto (...) y que tiene establecidos procedimientos estandarizados internos para atender o facilitar a sus clientes del servicio la atención de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición cumpliendo los plazos establecidos en la LOPD y normativa de desarrollo.”*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**Cuarto.** Con fecha 21 de diciembre de 2004, ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por el representante legal de BT dando contestación al requerimiento evacuado por esta Comisión con fecha 30 de noviembre de 2004 y aportando determinada documentación.

**Quinto.** Con fecha 20 de enero de 2005 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito de BT mediante el cual formula las siguientes alegaciones a la denuncia presentada por Telefónica:

- Sobre el incumplimiento del apartado tercero d) de la Circular:

En cuanto al presunto incumplimiento por parte de Conduit del apartado tercero d) de la Circular 1/2004, BT señala que Telefónica no ha demostrado ni que exista incumplimiento por parte de Conduit de la normativa de protección de datos ni que BT tenga conocimiento del mismo, puesto que la denuncia de Telefónica son *“meras sospechas sobre la existencia de posibles incumplimientos de la LOPD”*. Añade BT que debe aplicarse el principio de presunción de inocencia, del que se deriva el de la carga de la prueba por el que alega, según establece el artículo 137 de la LRJPAC y además entiende BT que el organismo encargado de determinar si existe o no un incumplimiento de la LOPD es la Agencia de Protección de Datos, por lo que concluye que *“previamente a poder estimar la existencia de un incumplimiento por parte de BT del apartado tercero d) de la Circular, sería necesario la existencia de una resolución por parte de la Agencia de Protección de datos estableciendo que Conduit ha incumplido la normativa sobre protección de datos:”*

Además BT añade que en el propio contrato con Conduit se incluye la referencia a la obligación de cumplir con la normativa de protección de datos y que el formulario que se utiliza para la preselección verbal cumple con el Anexo I de la Circular, que no tiene mención alguna a la normativa de protección de datos.

- Sobre el incumplimiento del apartado cuarto a) tres de la Circular:

En cuanto a la mención en el cuestionario del verificador de la frase *“con el objetivo de garantizarle el mejor servicio”*, BT indica que es una fórmula simplemente de estilo de uso habitual que no implica promoción de servicio alguno, y si hipotéticamente se promocionara, *“el servicio promocionado sería el de Affinalia que actúa como agente de ventas frente al cliente y por tanto no se promocionaría ni el servicio de preselección ni los servicios de BT que es lo que impide la Circular”*.

- Sobre el incumplimiento del apartado quinto l) de la Circular:

Por lo que se refiere al argumento de Telefónica de que el cuestionario opta por la confirmación por el cliente para buscar la confirmación de un “sí”, BT indica que *“la propia Circular permite expresamente en su Anexo 1 que el formulario confirme la información”* y puesto que la literalidad del precepto es clara no debe hacerse interpretación alguna del mismo. Añade BT que si la posibilidad de recabar el “sí” es



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

válido para algunas preguntas, lo es para todas al no existir mención contraria en la propia Circular que lo limite.

En cuanto a lo alegado por Telefónica de que las frases por las que se obtiene el consentimiento de la preasignación se formulan con una afirmación que el cliente debe confirmar, BT entiende que *“la formulación positiva de la pregunta no supone incluir razón o motivación alguna que instigue, persuada o mueva al receptor a tomar una decisión, muy al contrario, todo, lo que se está produciendo es una mera manifestación de los que ya anteriormente el agente de ventas ha comprobado y que es que el usuario quiere contratar la preselección”*.

- Sobre el incumplimiento del apartado cuarto d) tres de la Circular:

En lo referente a lo alegado por Telefónica de que el plazo que establece BT en su formulario de 10 días a partir de la fecha del envío de la documentación para ejercitar el derecho de revocación por el abonado es contrario a la Circular (que establece siete días hábiles) y que no se especifica si se trata de días naturales o hábiles, BT alega que el plazo establecido es mayor que el que establece la Circular pues son 10 días y no 7.

Con respecto al día a partir del cual se hace el cómputo del plazo (desde el envío o la recepción de la documentación), BT indica que lo que la Circular establece es que el operador, en este caso BT, debe informar al usuario del plazo para ejercitar su derecho de revocación y que tal plazo lo regula el RD 1906/1999 el cual establece en cuanto al “Derecho de Resolución”, que éste se computará a partir del día de celebración del contrato, día de la llamada telefónica pues ahí se perfecciona el contrato.

- Sobre el resto de las alegaciones de Telefónica:

En cuanto a la supuesta falta de información sobre la entidad verificadora, BT indica que se ha actuado de conformidad con lo establecido en el apartado octavo de la Circular, comunicando así a Telefónica el 28 de octubre de 2004, que se iba a emplear el consentimiento verbal en la preselección identificando la empresa que va a utilizar.

En lo referente a la falta de información de Affinalia, BT alega que no hay disposición en la Circular que obligue al operador a comunicar a Telefónica qué agente de ventas utiliza, añadiendo además que Affinalia es un operador habilitado y de sobra conocido por Telefónica.

Sobre la supuesta imposibilidad de que BT pueda solicitar la inhabilitación de sus preselecciones, la denunciada señala que Telefónica no especifica qué precepto impide a BT el solicitarla y que muy al contrario precisamente las Circulares lo permiten.

En lo concerniente a la solicitud de Telefónica de adoptar medidas cautelares, BT entiende que no existe fundamento alguno puesto que en el escrito de Telefónica no





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

se encuentran los argumentos necesarios que hagan ver la existencia de perjuicios de imposible o difícil reparación que la no suspensión le causarían.

BT finaliza su escrito solicitando el archivo de la denuncia presentada por Telefónica.

**Sexto.** Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 17 de marzo de 2005, se solicitó a la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, APD) informe en relación con la adecuación o no a la legislación de protección de datos personales de los siguientes aspectos:

- a) la adecuación o no de los cuestionarios utilizados por las entidades verificadoras al artículo 5 de la LOPD, en cuanto a la falta de información expresa, precisa e inequívoca de la existencia de un fichero o del tratamiento de los datos, de la finalidad de su recogida así como de la identidad y dirección del responsable del tratamiento.
- b) La adecuación o no al Capítulo II de la LOPD –disposiciones relativas a la creación, notificación e inscripción registral de ficheros automatizados- por parte de las entidades verificadoras que no han inscrito fichero alguno correspondiente a su actividad verificadora.

**Séptimo.** Con fecha 30 de mayo de 2005 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito de la Agencia Española de Protección de Datos por el que se evacua el trámite conferido por esta Comisión, adjuntando el informe elaborado al efecto, cuyas observaciones han sido tenidas en cuenta en el presente expediente.

A los anteriores antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Calificación del escrito.

El escrito presentado por Telefónica ante esta Comisión constituye una denuncia, en cuya virtud se pone en conocimiento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determinados hechos por tener fundadas sospechas de que la entidad Conduit, entidad verificadora de BT no cumple los requisitos establecidos en la Circular 1/2004 de esta Comisión.

Pese a que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) establece que la denuncia es una de las formas de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

provocar el acuerdo de inicio de oficio de un procedimiento administrativo, sin embargo, no recoge una definición concreta de lo que debe entenderse por "denuncia".

A este respecto, según definición dada por la Real Academia Española, debe entenderse por denuncia *"noticia que de palabra o por escrito se da a la autoridad competente de haberse cometido algún delito o falta"*. Asimismo el artículo 11 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, aplicable únicamente a los procedimientos sancionadores tramitados, determina que:

*"A efectos del presente Reglamento, se entiende por: (...)*

*d) Denuncia: El acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera constituir infracción administrativa".*

En el escrito suscrito por Telefónica que ha sido presentado ante esta Comisión, se alude a que (i) se incumple el apartado Tercero.d) de la Circular en relación con el incumplimiento de la normativa de protección de datos, (ii) se incumple el apartado Segundo de la Circular por cuanto el operador ha comunicado un cuestionario de inhabilitación, (iii) se incumplen los apartados Cuarto a).3 y Quinto j), l) y n) de la Circular porque el cuestionario incluye actuaciones comerciales e induce al cliente, (iv) se incumple el apartado Cuarto d) de la Circular pues se informa erróneamente del derecho de revocación del cliente y (v) posiblemente se incumplen los apartados Tercero.a), b), e) y f) de la Circular referidos al grupo económico, objeto social y prestación de servicios del verificador.

De acuerdo con esto y con el precepto transcrito, ha de calificarse el escrito de referencia como denuncia a fin de examinar, con la consideración de las alegaciones presentadas durante el trámite de actuaciones previas abierto al amparo del artículo 69.2 de la LRJPAC, si procede iniciar el correspondiente expediente.

### **SEGUNDO. Delimitación material del objeto de la reclamación.**

El escrito presentado por Telefónica ante esta Comisión se fundamenta en un supuesto incumplimiento de la Circular 1/2004 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por parte de BT, operador de telecomunicaciones y Conduit, verificador independiente.

En atención a lo anterior, cabe significar que el contenido material del escrito presentado por la denunciante consiste en una reclamación relativa al:





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- incumplimiento de la obligación de respetar la normativa de protección de datos por cuanto los cuestionarios no respetan el derecho de información expreso, preciso e inequívoco que exige el artículo 5 de la LOPD (apartado Tercero.d) de la Circular)
- incumplimiento de la obligación de respetar la normativa de protección de datos por cuanto el operador y verificador no respetan las disposiciones sobre la creación, notificación e inscripción registral de ficheros automatizados (apartado Tercero d) de la Circular)
- incumplimiento de la obligación del verificador de no realizar actuaciones comerciales o inducir al cliente (apartados Cuarto a).3 y Quinto j), l) y n) de la Circular)
- posible incumplimiento del verificador de las prohibiciones de formar parte del grupo económico del operador solicitante de la preselección, recibir incentivos por verificación positiva, prestar servicios de comunicaciones electrónicas y prestar otros servicios al operador solicitante de la preselección (apartados Tercero a), b), e) y f) de la Circular)
- incumplimiento de la obligación de informar al cliente de su derecho de revocación (apartado Cuarto d) de la Circular)
- incumplimiento del apartado Segundo de la Circular por cuanto el operador ha comunicado un cuestionario de inhabilitación

### **TERCERO. Sobre la naturaleza jurídica del verificador a los efectos previstos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.**

Antes de analizar las cuestiones denunciadas en relación con la normativa de protección de datos, es ineludible determinar cuál es el papel que desempeña el verificador independiente a la luz de la citada normativa.

Pues bien, dicha cuestión ha sido tratada por la Agencia Española de Protección de Datos en el Informe evacuado el 18 de mayo de 2005 que tuvo entrada el 30 del mismo mes en el Registro de esta Comisión por considerar que resultaba necesario estudiar como punto de partida si las entidades verificadoras son responsables del tratamiento realizado o únicamente ostentan la condición de encargado del tratamiento que presta a aquél un servicio consistente en la verificación de la solicitud por el abonado del cambio de operador.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Según lo dispuesto en los apartados d) y g) del artículo 3 de la LOPD, la condición de responsable o encargado del tratamiento dependerá de la capacidad de decisión de uno u otro sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento efectuado. De este modo, mientras el responsable, dentro del ámbito que haya consentido el interesado podrá decidir sobre dicho tratamiento, sin embargo, el encargado se limitará a prestar a aquél un servicio relacionado con dicho tratamiento.

Según la APD, parece desprenderse de la Circular 1/2004 que, *“al margen de los diversos requisitos exigidos al verificador independiente (no pertenencia al Grupo del operador, encontrarse en una ubicación distinta del mismo, no prestación de otros servicios de comunicaciones electrónicas), la misma tiene por finalidad la prestación de un servicio, probablemente retribuido, al operador solicitante del cambio, comprobando la veracidad de los datos que, en principio, han sido facilitados al propio operador por el abonado que solicita el cambio de operador.*

*En consecuencia, debe considerarse que el verificador no es sino un encargado del tratamiento del operador solicitante del cambio, debiendo encontrarse la relación jurídica que vincula a ambos sometida a lo dispuesto en el artículo 12 de la LOPD, cuyo régimen se caracteriza por las siguientes notas:*

- *En lo que atañe a los requisitos formales, el artículo 12.2 impone que “la realización de tratamientos por cuenta de terceros deberá estar regulada en un contrato que deberá constar por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido, estableciéndose expresamente que el encargado del tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, que no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en dicho contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas”.*
- *Por lo que respecta al periodo de conservación de los datos, el artículo 12.3 establece que “una vez cumplida la prestación contractual, los datos de carácter personal deberán ser destruidos o devueltos al responsable del tratamiento, al igual que cualquier soporte o documentos en que conste algún dato de carácter personal objeto del tratamiento”.*
- *En lo referente a la cesión de los datos, de lo establecido en el artículo 12.2 se desprende que no procederá esa cesión, de forma que los datos habrán de ser entregados única y exclusivamente al responsable del fichero. La APD ha considerado que será posible la subcontratación de estos servicios siempre y cuando se especifiquen los siguientes requisitos acumulativos, que deberán figurar en el contrato:*
  - *Que los servicios a subcontratar se hayan previsto expresamente en la oferta o en el contrato celebrado entre el responsable del fichero y el encargado del tratamiento.*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *Que el contenido concreto del servicio subcontratado y la empresa subcontratista conste en la oferta o en el contrato.*
- *Que el tratamiento de datos de carácter personal por parte del subcontratista se ajuste a las instrucciones del responsable del fichero.*
- *En cuanto a las medidas de seguridad que hayan de ser adoptadas por quienes realicen trabajos de tratamiento de datos por cuenta de tercero, habrán de ser, en principio, las mismas que las impuestas al responsable del fichero, tal y como se desprende de lo previsto en los artículos 9 y 12.2 de la LOPD.*
- *Por último, según el artículo 12.4 “en el caso de que el encargado del tratamiento destine los datos a otra finalidad, los comunique o los utilice incumpliendo las estipulaciones del contrato, será considerado, también, responsable del tratamiento, respondiendo de las infracciones en que hubiera incurrido personalmente”, siendo en consecuencia, de aplicación el régimen sancionador establecido en los artículos 43 y siguientes de la Ley, sujetando el primero de ellos al encargado del tratamiento a dicho régimen”.*

Como consecuencia de lo anterior señala la APD que, “el verificador no procederá al tratamiento de los datos referidos al abonado que solicita el cambio de operador sino en nombre y por cuenta del operador, que ya habrá recopilado y tratado dichos datos, limitándose la función del verificador a comprobar su exactitud.”

Finalmente señala la APD que “a fin de dar cumplimiento a la exigencia contenida en el apartado d) del artículo tercero de la Circular 1/2004, será preciso que entre el operador y el verificador exista un contrato que cumpla los requisitos exigidos por el artículo 12 de la LOPD y, de este modo el verificador tendrá la condición de encargado. En caso de no existir este contrato se estaría ante un supuesto de cesión de datos y el verificador sí tendría la condición de responsable del tratamiento”

En definitiva, ha de sostenerse que si el verificador tiene la condición de encargado del tratamiento de los datos, no estará obligado a cumplir los derechos de información y notificación previstos en la LOPD, los cuales corresponderán al operador por cuenta del cual presta sus servicios el verificador; por el contrario, si el verificador tuviera la condición de responsable del tratamiento, sí debería dar cumplimiento a las obligaciones de información y notificación a las que se ha hecho referencia.

Sentado lo anterior, en el presente caso se ha constatado que la relación jurídica existente entre BT y Conduit está formalizada mediante contrato “para la provisión de servicios de verificación por terceros” que se ha aportado en el presente expediente. En este contrato se declara que el operador es el responsable del fichero o del tratamiento de los datos. Tal manifestación contractual está acompañada, además, de determinadas previsiones que llevan



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a concluir a esta Comisión que Conduit tiene la condición de encargado del tratamiento de los datos, tal y como ha determinado la APD. En concreto, analizado el referido contrato se observa que el mismo contiene determinadas previsiones que confirman tal condición, fundamentalmente se trata de cuestiones relativas a (i) los servicios que proporciona Conduit a BT, (ii) el tratamiento, aplicación o fin al que el verificador destina los datos obtenidos, (iii) los compromisos de implantación de medidas de seguridad por parte de Conduit, y (iv) el destino de los datos obtenidos una vez cumplida la prestación de servicios que han pactado las entidades.

En consecuencia y de acuerdo con lo regulado en la normativa sobre protección de datos, existen indicios de que Conduit es un mero encargado del tratamiento de los datos y que, por tanto, Conduit no está obligado a cumplir los deberes de información y notificación previstos en la LOPD.

### **CUARTO. Sobre el incumplimiento del apartado tercero d) de la Circular 1/2004 respecto al artículo 5 de la LOPD y valoración de las actuaciones practicadas.**

Telefónica denuncia el incumplimiento del artículo 5 de la LOPD por cuanto el cuestionario aportado no respeta el derecho de información expreso, preciso e inequívoco de la existencia de un fichero o del tratamiento de los datos, de la finalidad de su recogida así como de la identidad y dirección del responsable del tratamiento.

En lo referente a la adecuación de los cuestionarios utilizados por la entidad verificadora Conduit respecto de la normativa aplicable sobre la protección de datos personales, esta Comisión solicitó a la Agencia Española de Protección de Datos informe sobre el siguiente aspecto:

*“a) La adecuación o no de los cuestionarios utilizados por las entidades verificadoras al artículo 5 de la LOPD, en cuanto a la falta de información expresa, precisa e inequívoca de la existencia de un fichero o del tratamiento de los datos, de la finalidad de su recogida así como de la identidad y dirección del responsable del tratamiento.”*

En el informe evacuado por este organismo, una vez determinada la naturaleza jurídica de la figura del verificador, la APD señala lo siguiente en lo relativo al posible incumplimiento del artículo 5 de la LOPD:

*“Por una parte, el verificador no realizará un tratamiento de datos en nombre propio ni recogerá más datos que los ya facilitados al operador que solicita el cambio. Por este motivo, no será preciso recabar el consentimiento de lo afectados para realizar la verificación ni informar a los mismos en los términos previstos en el artículo 5 de la*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

LOPD, dado que habrá de ser el propio operador por cuenta del cual actúe el verificador quien habrá de haber facilitado dicha información al abonado al recopilar sus datos para poder proceder al cambio de operador, al propio tiempo que habrá comunicado a aquél el hecho de que habrá de procederse a la verificación de dichos datos por un tercero independiente.”

En definitiva, según la APD el verificador, en su condición de encargado del tratamiento de los datos, no estará obligado a cumplir el deber de información previsto en la LOPD, por lo que no resulta contrario a dicha ley el hecho de que los cuestionarios facilitados no contengan ningún tipo de cláusula informativa en materia de protección de datos. Dicho deber de información corresponderá al operador por cuenta del cual presta sus servicios el verificador y no a Conduit mientras mantenga su condición de encargado del tratamiento de los datos.

En consecuencia, procede archivar la denuncia presentada por Telefónica respecto de las cuestiones indicadas en este Fundamento en los términos reseñados.

### **QUINTO. Sobre el incumplimiento del apartado tercero d) de la Circular 1/2004 respecto del capítulo II de la LOPD y valoración de las actuaciones practicadas.**

En lo relativo al posible incumplimiento del apartado tercero d) de la Circular respecto de los artículos 8 al 14 del capítulo II de la LOPD relativos a la creación, notificación e inscripción registral de ficheros automatizados, esta Comisión solicitó también a la Agencia Española de Protección de Datos informe sobre el siguiente aspecto:

*“b) La adecuación o no al Capítulo II de la LOPD –disposiciones relativas a la creación, notificación e inscripción registral de ficheros automatizados- por parte de las entidades verificadoras que no han inscrito fichero alguno correspondiente a su actividad verificadora.”*

En el Informe evacuado por la APD al que se ha hecho referencia con anterioridad, la APD, considerando al verificador encargado del tratamiento de datos, señala lo siguiente en lo relativo al posible incumplimiento del capítulo II de la LOPD:

“Por otra, la obligación de notificar los tratamientos a fin de proceder a su inscripción en el Registro General de Protección de Datos corresponde al responsable del fichero, razón por la cual no será preciso que dicha notificación sea llevada a cabo por el verificador respecto de la verificación realizada”.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En atención a todo lo anterior, y teniendo en cuenta lo establecido por la APD, la entidad verificadora actúa solamente como encargada del tratamiento de los datos del operador solicitante, en este caso BT. Este operador es quien decide en lo relativo a la finalidad, contenido y uso del tratamiento de los mismos, actuando Conduit como un mero encargado de verificar lo ya contratado entre el abonado y BT y limitándose a comprobar su exactitud. Como consecuencia de lo anterior, no existe obligación por parte de BT de proceder a la inscripción de los ficheros en el Registro General de Protección de Datos, mientras mantenga su condición de encargado del tratamiento de datos.

En definitiva, procede archivar la denuncia presentada por Telefónica respecto de las cuestiones indicadas en este Fundamento en los términos reseñados.

### **SEXTO. Sobre el posible incumplimiento de los apartados Tercero a), b), e) y f) de la Circular 1/2004 y valoración de las actuaciones practicadas.**

Telefónica denuncia el posible incumplimiento de ciertos requisitos que se requieren en el apartado Tercero de la Circular que deben cumplir las entidades verificadoras y que, en este caso, Conduit puede estar conculcando.

En concreto, Telefónica manifiesta la imposibilidad de conocer si (i) Conduit forma parte del mismo grupo económico de BT, (ii) se pagan incentivos según el resultado de la actividad realizada por Conduit, (iii) Conduit se dedica a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o tiene participación en alguna sociedad que se dedique a dicha actividad, (iv) Conduit presta otros servicios distintos a la verificación a BT. Sin embargo, Telefónica no aporta documento acreditativo o indiciario alguno de las manifestaciones que efectúa al respecto.

De este modo, la denunciante hace referencia al posible incumplimiento de los siguientes requisitos incluidos en el apartado Tercero de la Circular 1/2004:

- *“No formar parte del mismo grupo económico de compañías que el operador solicitante del cambio en preselección, ni estar participada por empresas de su grupo económico. (...)” (apartado a)*
- *“No recibir incentivos por la verificación positiva (sus retribuciones deben ser independientes del resultado de la verificación)” (apartado b)*
- *“No prestar servicios de comunicaciones electrónicas ni tener mayoritariamente participaciones o acciones en ninguna de las empresas que actúan como prestadoras de servicios de comunicaciones electrónicas” (apartado e)*





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *“No prestar otros servicios distintos a la verificación por tercero al operador solicitante de la preselección”* (apartado f)

Una vez analizados los documentos aportados en este expediente por los denunciados se hacen las siguientes valoraciones:

- a) En cuanto al grupo económico al que pertenece el verificador, debe señalarse que de la escritura de constitución y estatutos sociales de la entidad verificadora y de la declaración firmada por Administrador de la mencionada entidad que han sido aportadas se desprende que todas las participaciones de Conduit pertenecen a otra empresa. Pues bien, no se ha obtenido vínculo alguno entre las citadas entidades y BT en el sentido requerido a los efectos indicados. Por tanto, no existen indicios de que ambas entidades formen parte del grupo económico al que pertenece el operador solicitante del cambio de preselección y, por tanto, no existen indicios de que Conduit esté incumpliendo el apartado a) del dispositivo tercero de la Circular.
- b) en cuanto a las retribuciones recibidas por el verificador y la imposibilidad de que disfrute incentivos por verificación positiva, señalar que del contrato para la provisión de servicios de verificación por terceros suscrito entre Conduit y BT que ha sido aportado por las denunciadas no se desprende ningún incumplimiento del apartado b) del dispositivo Tercero de la Circular.
- c) en cuanto a la prestación por parte del verificador de servicios de comunicaciones electrónicas directamente o mediante la participación en empresas prestadores de estos servicios, debe señalarse que de la escritura de constitución y estatutos sociales de la entidad verificadora y de la declaración firmada por Administrador de la mencionada entidad que han sido aportadas se desprende que todas las participaciones de Conduit pertenecen a otra empresa. Pues bien, se ha verificado que en el Registro General de Operadores de esta Comisión ninguna de las dos entidades está inscrita como operador de comunicaciones electrónicas. Por tanto, tampoco existen indicios de que Conduit esté incumpliendo el apartado e) del dispositivo tercero de la Circular.
- d) en cuanto a la prestación por parte del verificador a BT de otros servicios distintos a la verificación por tercero, debe significarse que el clausulado del contrato no contiene referencia alguna al respecto. Por tanto, del contenido del contrato formalizado y a falta de cualquier otra documentación que acredite la prestación de servicios distintos por parte de Conduit a BT, no existen indicios de que Conduit esté incumpliendo el apartado f) del dispositivo tercero de la Circular.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Finalmente, Telefónica plantea la necesidad de que exista un Registro de entidades verificadoras. Pues bien, esta cuestión ya fue planteada ante esta Comisión por Telefónica mediante consulta. En la contestación a dicha consulta mediante Resolución de 2 de diciembre de 2004, la CMT ya indicó que *“la falta de un Registro Público no impide a Telefónica tener conocimiento de la información relativa a los verificadores. Por el contrario, en el Apartado octavo de la Circular se impone al operador beneficiario de la preselección –en su condición de responsable del cumplimiento de la Circular- la obligación de remitir información relativa a la entidad verificadora, tanto a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones como al operador de acceso”*.

Asimismo, corresponde reiterar de nuevo aquí que aunque la LGTel al regular la selección de operador no contiene previsión alguna acerca de la creación de este tipo de registro, sin embargo, al amparo del artículo 37 de la LRJPAC Telefónica podrá solicitar el acceso a la información que sobre la Circular 1/2004 obre en los archivos de esta Comisión, con excepción de los documentos protegidos por el secreto comercial o industrial.

En consecuencia, procede archivar la denuncia presentada por Telefónica respecto de las cuestiones indicadas en este Fundamento en los términos reseñados.

### **SÉPTIMO. Sobre el incumplimiento del apartado Cuarto. a).3 de la Circular y valoración de las actuaciones practicadas.**

Telefónica denuncia que el cuestionario utilizado por el verificador de BT incluye la siguiente frase: *“Finalmente usted autoriza a Affinalia a que, con el objetivo de garantizarle siempre el mejor servicio, pueda realizar en un futuro todos los trámites necesarios para solicitar (...)”*

A juicio de esta Comisión, el inciso que se ha subrayado no conlleva una promoción del servicio de preselección por cuanto no hace referencia alguna a las bondades que reportará esta facilidad al cliente. En consecuencia procede archivar la denuncia de Telefónica al respecto.

No obstante lo anterior, y pese a la falta de actividad infractora que se ha indicado, resulta necesario que se elimine de los cuestionarios que utiliza el verificador el inciso subrayado por cuanto el mismo excede de la labor objetiva y distante del operador/distribuidor que el verificador debe realizar frente al cliente. En efecto, las notas de objetividad e independencia se reiteran a lo largo de toda la Circular y sólo su cumplimiento escrupuloso será una garantía para el funcionamiento del nuevo sistema. Por ello, no puede aceptarse



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cualquier tipo de comentario que exceda de la propia labor verificadora que se recoge en la propia Circular.

### **OCTAVO. Sobre la concurrencia de las circunstancias descritas en los apartados Quinto j), l) y n) de la Circular y valoración de las actuaciones practicadas.**

Telefónica denuncia que el cuestionario utilizado por el verificador de BT incluye una explicación de qué se entiende por preasignación global y por preasignación de larga distancia induciendo al cliente a contratar estas modalidades de preselección, realizando con ello una actuación comercial prohibida en la Circular, induciendo de forma activa al cliente y contestando preguntas sobre el servicio de preselección relacionados con el cuestionario.

Ante ello, debe analizarse si el verificador realiza alguna actividad que pueda ser considerada como de promoción comercial del servicio del operador (apartado Quinto.n) de la Circular) o si induce de forma activa a la contestación del abonado en determinado sentido durante el proceso de verificación (apartado Quinto l de la Circular) o si está contestando a preguntas sobre el servicio de preselección que no tienen relación con el cuestionario (apartado Quinto j) de la Circular).

Al respecto, por una parte, han de realizarse por esta Comisión las siguientes valoraciones respecto de la pregunta *“¿Me confirma por favor que usted desea a) la preselección global, es decir para todas sus llamadas o b) larga distancia, es decir para todas sus llamadas excepto las locales?:*

- En cuanto a si el verificador responde a preguntas del cliente sobre servicios de preselección que no tienen relación con los puntos del cuestionario de verificación (apartado j), una vez analizados los referidos cuestionarios aportados por BT, no se desprende que el cliente tenga que responder a preguntas no relacionadas con la preasignación. En efecto, contrariamente a lo que sostiene la denunciante, toda la conversación versa sobre el servicio que se contrata ya que el verificador se limita a especificar la modalidad de preselección que se contrata y los tipos de llamadas que incluye dicha modalidad.
- Sobre la presunta inducción de forma activa por parte del verificador a la contestación del abonado en determinado sentido durante el proceso de verificación (apartado l) al ofrecer la preasignación global o la preselección de larga distancia y ninguna otra, debe reiterarse que, por una parte, BT puede decidir las modalidades de preselección - de entre las existentes - que desea tramitar a partir de la obtención del



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

consentimiento verbal del abonado con verificación por tercero y, por otra parte, la explicación de qué tipo de llamadas se recogen en esta modalidad supone una medida garantista favorable.

- Sobre la presunta realización de una actividad de promoción comercial del servicio de un operador (apartado n), con la realización de esta pregunta que se ha transcrito, Conduit simplemente está detallando lo que incluye el tipo de preselección ofrecido por el operador y contratado por el cliente sin añadir un valor a lo que el operador ha ofrecido al cliente con anterioridad. Así, se dota de mayor garantía de consciencia al propio consentimiento otorgado por el abonado y se logra verificar objetivamente lo que ha sido contratado con anterioridad.

No obstante lo anterior, y aún cuando no hay indicios de actividad infractora, se observa que las definiciones concretas que recogen los cuestionarios analizados simplifican en exceso el contenido de cada una de las modalidades. Así, según establece el Anexo I de la Circular 1/2001 modificado por la Circular 2/2002 de esta Comisión, se entiende por *“Preselección Global la facilidad por la que un abonado cursa, a través de un operador beneficiario, todas sus llamadas metropolitanas, de larga distancia y de fijo-móvil”* y se entiende por *“Preselección de Larga Distancia, Facilidad por la que un abonado cursa, a través de un operador beneficiario, todas sus llamadas de larga distancia y de fijo - móvil.”*

Por ello, debe modificarse la explicación de estas dos modalidades, adecuándola a lo prescrito en la redacción vigente de la citada Circular 1/2001 de la CMT.

Por otra parte, se observa que la confirmación que se solicita al cliente con la pregunta transcrita incluye una alternativa (a) global o b) larga distancia) que resta transparencia y no favorece la facilidad de elección que ha de tener el abonado. Por ello, resulta también necesario modificar la redacción de esta pregunta eliminando la disyuntiva y realizando una pregunta directa de tal modo que el verificador solicite al cliente la información o confirme con el cliente la información, simple y llanamente. El resultado de la eliminación de esta alternativa llevará a alguna de las dos siguientes posibilidades: bien el verificador confirmará que el cliente desea la modalidad X de preselección o, bien el verificador solicitará la información sobre la modalidad de preselección que el cliente ha contratado (sin efectuar indicación alguna de opciones a escoger).

Y, finalmente, por otra parte, asimismo se observa que únicamente se utiliza el procedimiento de verificación por tercero para solicitudes de preasignación global o larga distancia.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el contexto actual existen diversas modalidades de preselección que pueden ser contratadas por un abonado, entre las que figuran la preselección global y la preselección de larga distancia. Pues bien, como ya se ha indicado con anterioridad por esta Comisión<sup>1</sup>, *“la selección llamada a llamada y la preselección son facilidades que los operadores de redes telefónicas fijas dominantes tienen obligación de ofrecer a otros operadores. No obstante, los operadores que a través de selección o preselección ofrezcan servicios de acceso indirecto mediante el transporte de llamadas en interconexión tendrán total libertad para conformar sus ofertas comerciales a los clientes, dentro de las modalidades establecidas a tal efecto por esta Comisión”*.

Por tanto, se ha confirmado que los operadores beneficiarios de la preselección tienen la libertad de decidir qué oferta comercial de preasignación ofrecen a los abonados, eligiendo ofrecer alguna o todas las modalidades posibles de preselección, eso sí, de entre los modelos de preselección que establecen las Circulares de esta Comisión.

En el mismo sentido, debe señalarse que no existe precepto alguno que obligue a los operadores beneficiarios a tramitar preselecciones ante el operador de acceso a partir de un único tipo de consentimiento (escrito o verbal con verificación por tercero) del abonado. En efecto, la utilización del consentimiento escrito del abonado por un operador en un determinado caso no impide ni excluye la utilización del consentimiento verbal del abonado con verificación por tercero por el mismo operador respecto de otros abonados.

En consecuencia, debe concluirse que al limitar la verificación por tercero a la tramitación de solicitudes de preselección global o de larga distancia ante el operador de acceso, BT no incumple lo establecido en la Circular y no procede incoar expediente sancionador al respecto.

### **NOVENO. Sobre la concurrencia de la circunstancia del apartado Quinto I) de la Circular 1/2004 y valoración de las actuaciones practicadas.**

Telefónica denuncia que en los cuestionarios utilizados por el verificador de BT se opta por la confirmación de los datos de los que ya dispone la entidad verificadora, realizándose con ello una actuación comercial y una sugerencia de la respuesta, circunstancias ambas que están prohibidas en la Circular.

Al respecto ha de indicarse que el Anexo I “Cuestionarios de verificación” de la Circular 1/2004 señala, en cada uno de los tipos de tramitación (habilitación,

---

<sup>1</sup> Resolución en contestación a la consulta planteada por BT sobre preselección de llamadas de red inteligente (DT2003/258) de fecha 20 de marzo de 2003.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

modificación de modalidad o inhabilitación), que debe solicitarse al cliente que *“aporte o confirme la siguiente información [...]”*.

De este modo, resulta evidente que la verificación de los datos por parte de la entidad verificadora tiene por objeto comprobar la veracidad de los datos que, con anterioridad, ya han sido facilitados al propio operador por el abonado que solicita el servicio. Esta comprobación puede efectuarse de una forma más o menos activa, de tal modo que bien es el verificador quien dice los datos y requiere la confirmación del abonado o bien es el abonado quien aporta de nuevo los datos que le requiere el verificador.

En definitiva, a juicio de esta Comisión, el seguimiento de este sistema de confirmación en los cuestionarios analizados en el presente expediente se ajusta a lo dispuesto en el propio Anexo I de la Circular de referencia y el verificador no induce de forma activa a la contestación del abonado en determinado sentido (apartado Quinto.I) de la Circular). En consecuencia, no procede incoar expediente sancionador al respecto.

### **DÉCIMO. Sobre el incumplimiento del apartado cuarto d) 3 de la Circular 1/2004 y valoración de las actuaciones practicadas.**

Telefónica denuncia que en los cuestionarios utilizados por el verificador de BT se incumple la obligación de informar al cliente de su derecho de revocación (apartado Cuarto d) 3 de la Circular). Por su parte, BT alega que el plazo establecido en el cuestionario es mayor al fijado por la Circular (10 días y no 7) y que lo que la Circular establece es que BT debe informar al usuario del plazo para ejercitar su derecho de revocación y que tal plazo lo regula el RD 1906/1999.

Ante ello, resulta necesario que por parte de esta Comisión se analice el siguiente párrafo en el que el verificador recuerda al cliente su derecho de revocación: *“[...] Le informamos que dispone de 10 días, a partir de la fecha de envío de dicha documentación, para cancelar o modificar el presente contrato. En éste caso puede llamarnos si desea modificar al número de teléfono 901[ABMCUDU] y si desea cancelar, al número de teléfono 901[ABMCUDU]”*.

Respecto a la cuestión que se ha planteado, tres son los preceptos a los que hemos de hacer referencia:

1.- Apartado Cuarto.d) 3 de la Circular: en este punto se indica que, entre otros requisitos, para que BT pueda iniciar la tramitación de una solicitud con consentimiento verbal del abonado es necesario que haya remitido al cliente la confirmación documental del contrato telefónico conteniendo información sobre





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el derecho de revocación del abonado (procedimiento – al menos un número telefónico 901 - y plazo de ejercicio del derecho - 7 días hábiles tras haber recibido el abonado la confirmación documental de la actuación de la preselección efectuada -, sin incurrir en penalización ni gasto alguno para el abonado).

2.- Apartado Cuarto.e) de la Circular: en este punto se indica que, entre otros requisitos, para que BT pueda iniciar la tramitación de una solicitud con consentimiento verbal del abonado es necesario que hayan transcurrido 10 días hábiles desde que el operador haya remitido al cliente la confirmación documental del contrato telefónico sin que éste haya ejercitado su derecho de revocación.

3.- Apartado Quinto k) de la Circular puesto en relación con su Anexo I, puntos 5 de cada uno de los cuestionarios (habilitación de preselección, modificación de modalidad en preselección e inhabilitación de la preselección): se establece que la verificación será negativa si no se completa el cuestionario en el orden establecido y, una de las cuestiones que ha de completar el verificador es recordar al abonado su derecho de revocación, indicando el plazo disponible y la forma de ejercitar este derecho.

De lo anterior se concluye que para que un operador pueda tramitar una solicitud de cambio de preselección es necesario que hayan acontecido, entre otras, las siguientes circunstancias:

1º.- El verificador haya recordado al abonado su derecho de revocación, informando del plazo y forma de ejercitarlo, esto es, indicando un plazo de 7 días hábiles a contar desde que el abonado reciba la confirmación documental de la actuación de la preselección efectuada y la disponibilidad de al menos un número telefónico 901.

2º.- El operador haya remitido al abonado la confirmación documental del contrato incluyendo el derecho de revocación del abonado.

3º.- El operador haya dejado transcurrir 10 días hábiles desde que le haya remitido al cliente la confirmación documental del contrato telefónico sin que éste haya ejercitado su derecho de revocación el operador.

Por tanto, en este caso, ha de procederse a analizar si en los cuestionarios obrantes en el expediente se incluye el recordatorio del derecho de revocación que el verificador ha de realizar. Pues bien, de la lectura de los mismos se observa que tal recordatorio no se efectúa correctamente pues aunque la forma de ejercitar el derecho es válida sin embargo se ha consignado un plazo diferente al establecido legalmente.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En efecto, una vez analizados los cuestionarios remitidos a esta Comisión se observa que los referidos cuestionarios están cumpliendo con carácter general el contenido y orden determinado en la Circular, salvo en lo que se refiere al plazo del recordatorio del derecho de revocación.

Como ha manifestado reiteradamente esta Comisión, el trámite de información previa responde a razones elementales de prudencia, tratando de evitar la precipitación a la hora de acordar la apertura de un procedimiento que nunca debió iniciarse por carecer de base suficiente. Lo anterior cobra aún más importancia en el caso de los procedimientos sancionadores por cuanto éstos inciden directamente en el ámbito moral de la persona imputada.

En el supuesto que nos ocupa, se observa que los cuestionarios aportados por las denunciadas cumplen en términos generales lo prescrito en la Circular de referencia y únicamente se observa una inexactitud en el recordatorio del plazo de ejercicio del derecho de revocación del abonado. Con carácter general puede decirse que es comprensible la presencia de algún error puntual en la implementación de la norma respecto de procesos complejos y de nueva ejecución, como es el de verificación por terceros que recoge la Circular 1/2004.

No obstante lo anterior, debe significarse que el hecho de que el plazo consignado en los cuestionarios remitidos no sea el de 7 días hábiles tras haber recibido el abonado la confirmación documental de la actuación de preselección efectuada, tal y como exige el Anexo I de la Circular, provoca que ineludiblemente BT haya de subsanar tal deficiencia en los cuestionarios.

### **UNDÉCIMO. Sobre el incumplimiento del apartado segundo de la Circular 1/2004 y valoración de las actuaciones practicadas.**

Telefónica denuncia el incumplimiento del apartado Segundo de la Circular por cuanto BT ha comunicado un cuestionario de inhabilitación y, sin embargo, a su juicio únicamente el cuestionario puede ser utilizado por BT. Por su parte, BT ha alegado que ninguna de las circulares prohíbe que pueda BT instar la inhabilitación total/parcial de llamadas preseleccionadas.

Ante todo, señalar que la mera comunicación del cuestionario de referencia difícilmente supone *per se* un incumplimiento del apartado segundo de la Circular que denuncia Telefónica.

No obstante lo anterior, en todo caso, al respecto conviene recordar aquí lo reseñado en el apartado 3.4 del Anexo II de la Circular 1/2001, en la redacción



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

dada según Circular 2/2002. En este apartado se recoge una tabla que muestra los operadores que pueden iniciar el procedimiento para cada una de las posibles actuaciones. En lo que aquí interesa, las actuaciones de “*exclusión metropolitanas*”, “*exclusión metropolitanas + IR*”, “*exclusión IR*” e “*inhabilitación*” pueden ser iniciadas por el operador con derecho a preselección y por el operador de acceso.

En atención a lo anterior, no procede incoar expediente sancionador al respecto.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

### RESUELVE

**Único.-** No incoar procedimiento sancionador alguno a las entidades BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U. y Conduit Software Limited, sobre posibles incumplimientos de determinados preceptos de la Circular 1/2004, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se introduce el consentimiento verbal con verificación por tercero en las tramitaciones de preselección de operador.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

EL SECRETARIO

Vº Bº  
LA VICEPRESIDENTA

Jaime Almenar Belenguer

Elisa Robles Fraga