



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DÑA. ALEJANDRA DE ITURRIAGA GANDINI, por ausencia del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (art. 7.2 de la O.M. de 9 de abril de 1997, B.O.E. de 11 de abril de 1997), 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 nº 29/05 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 2 de septiembre de 2005, se ha adoptado el siguiente Acuerdo, en relación con el expediente RO 2004/1500:

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 TRIA GLOBAL SERVICE, S.L. Y UNI2 TELECOMUNICACIONES, S.A.U. SOBRE POSIBLE 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 18 de agosto de 2004, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT), escrito presentado por la entidad Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica)

En dicho escrito se denuncia a las entidades Uni2 Telecomunicaciones, S.A.U. (en adelante, Uni2) y Tria Global Service, S.L. (en adelante, Tria) por tener fundadas sospechas de que la entidad Tria no cumple los requisitos establecidos en la Circular 1/2004, exponiendo que:

- 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.
- Resultan claros los aspectos recogidos en los apartados Tercero (requisitos que deben cumplir las entidades verificadoras), Cuarto (requisitos para tramitar las solicitudes de preselección con



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

consentimiento verbal) y Quinto (supuestos de verificación negativa) de la Circular 1/2004

- Telefónica denuncia el incumplimiento del apartado Tercero.d) de la Circular 1/2004, en relación con el incumplimiento del (i) artículo 5 de la 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
- Telefónica denuncia el incumplimiento de los apartados Tercero.a) y Quinto.m) de la Circular 1/2004, por cuanto el agente de Tria se presenta como “compañero” del comercial de Uni2 y se sitúa al lado del servicio comercial como un miembro más del mismo
- La Circular contiene otros requisitos del verificador que no pueden comprobar otros operadores ajenos al beneficiario, aunque manifiesta su extrañeza respecto a que Tria tenga el mismo domicilio social que otra entidad verificadora, que tenga un objeto social tan específico de verificación y que no tenga ningún fichero automatizado inscrito en la Agencia Española de Protección de Datos.
- Telefónica denuncia el incumplimiento de los apartados Cuarto.3 y Quinto j), l) y n) de la Circular 1/2004, por cuanto el cuestionario incluye una explicación de qué se entiende por preasignación global induciendo al cliente a esta modalidad de preselección y da por hecho que todas las líneas titularidad del cliente se preasignan (pregunta 6ª, en relación con la 3ª), realizando con ello una actuación comercial proscrita en la Circular.
- 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
- Los incumplimientos detectados podrían causar graves perjuicios a los clientes (afectados por los fraudes) y a Telefónica (estar obligada a admitir solicitudes de preselección tramitadas por Uni2, aún cuando este operador utiliza un cuestionario deficiente)
- 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 Uni2 comunicándole que la entidad de verificación es Tria y adjuntándole el cuestionario a utilizar.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo.- Mediante escrito de fecha 21 de septiembre de 2004, esta Comisión notificó a Telefónica, Uni2 y Tria 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 correspondiente procedimiento, significándoles expresamente la posibilidad de que pudieran efectuar las alegaciones que estimasen convenientes.

Tercero.- Mediante escrito de 27 de septiembre de 2004, esta Comisión requirió a Tria la siguiente información y documentación acreditativa:

- *Estatutos sociales de la entidad TRIA GLOBAL SERVICE, S.L., 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 TRIA GLOBAL SERVICE, S.L.*
- *Composición accionarial actual de la entidad TRIA GLOBAL SERVICE, S.L.*
- *Ubicación geográfica de la prestación del servicio de verificación por terceros*
- *Contratos o acuerdos suscritos con la entidad Uni2 Telecomunicaciones, S.A., en especial, el formalizado para la prestación del servicio de verificación por terceros*
- *Carta de acciones o participaciones sociales en otras entidades que ostenta TRIA GLOBAL SERVICE, S.L.*
- *Actuaciones practicadas por TRIA GLOBAL SERVICE, S.L. relativas a la protección de datos, en cuanto a la práctica del servicio de verificación por terceros*

Cuarto.- Con fecha 13 de octubre de 2004, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Uni2 mediante el que solicita que esta Comisión dicte Resolución que desestime completamente las pretensiones de Telefónica, en virtud de las siguientes alegaciones:

a) sobre el incumplimiento de la LOPD

- Respecto a las relaciones jurídicas existentes entre Uni2 y Tria, Tria es un simple “encargado del tratamiento”, Uni2 es el único “responsable del fichero o tratamiento”, el tratamiento de datos que realiza Tria se efectúa en el contexto del artículo 12 de la LOPD no existiendo ni comunicación ni cesión de datos a un tercero por cuanto el acceso de Tria a los datos es necesario para la prestación de un servicio a Uni2 (responsable del tratamiento)
- Tria, al ser un simple encargado del tratamiento, no tiene obligación de proceder a ninguna notificación o inscripción registral de ficheros



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Uni2, por ser responsable de los ficheros, ha realizado las oportunas notificaciones e inscripciones de ficheros, no viéndose éstos alterados por la implantación de un procedimiento de verificación
- El agente comercial de UNI2 es quien informa al abonado de una serie de extremos que recoge el artículo 5 de la LOPD, no siendo reiterativos en el cuestionario por tratarse de un procedimiento de tracto sucesivo y por no exigir ni la Circular 1/2004 ni la LOPD que se grabe la obligación de información al abonado.

b) sobre la falta de independencia del verificador Tria

- La presentación del verificador como “compañero” del agente del operador no denota una falta de independencia entre ambas entidades, tal y como exige la Circular 1/2004, y únicamente se ha elegido esta fórmula por ser más amable con el abonado.
- La afirmación de Telefónica es grotesca por cuanto la afirmación “compañero” no desvirtúa el cumplimiento de los criterios de independencia establecidos en la Circular 1/2004
- El contrato formalizado entre Uni2 y Tria confirma el cumplimiento de lo que exigen la LOPD y la normativa sectorial y marca un elevado nivel de exigencia en las relaciones instauradas entre ambas entidades
- La solicitud de Telefónica de crear un Registro Público es una pretensión que debería plantearse en el seno de otro expediente

c) sobre el contenido del cuestionario utilizado por Tria

- Resulta absurda la afirmación de Telefónica por cuanto la utilización de la palabra “compañero” implica un juicio de valor sobre el operador y el servicio de preasignación que presta.
- Determinadas previsiones contractuales excluyen cualquier intervención del verificador que no sea la que permite la Circular.
- Telefónica, mediante infundadas afirmaciones, no puede controlar caso a caso si se producen verificaciones negativas
- Informes periódicos de verificaciones realizadas por Uni2 demuestran un alto grado de verificaciones negativas, evidenciando la ausencia de incentivos para el verificador y el hecho de que la expresión “compañero” no esconde ningún juicio de valor sobre el operador o su servicio.
- La Circular no impone frases concretas de cuestionarios.
- La pregunta 5ª da cumplimiento a lo que exige la Circular verificando el contenido del abonado sobre la modalidad de preselección que contrata explicando en qué consiste esa modalidad, para mayor garantía del abonado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Uni2 sólo utiliza el procedimiento de verificación por tercero para solicitudes de preasignación globales, siendo una opción legítima suya utilizar este procedimiento o el tradicional de consentimiento escrito

d) sobre otras cuestiones:

- El procedimiento de verificación es más exigente que el establecido para el consentimiento escrito, debiendo llevar a una reducción de fraudes
- Si Telefónica pretende oponerse al procedimiento mismo de consentimiento verbal con verificación, debió hacerlo en su momento o en el marco de los recursos que interponga

Uni2 adjunta el contrato para la provisión de servicios de verificación por terceros y sus Anexos.

Quinto.- Con fecha 14 de octubre de 2004, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión nuevo escrito de Uni2 incorporando los cuestionarios que utilizará la empresa verificadora para verificar (i) el consentimiento de personas físicas que deseen preseleccionar en bloque, (ii) el consentimiento de personas jurídicas que deseen preseleccionar en modalidad individual o en bloque y (iii) el consentimiento otorgado por el abonado a un tercero representante para preseleccionar en su nombre, según reconoce la Resolución de 10 de febrero de 2000.

Asimismo, Uni2 aporta la comunicación efectuada a Telefónica el mismo día.

Sexto.- Con fecha 14 de octubre de 2004, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por el representante legal de Tria en el que manifiesta que:

- El contrato formalizado por Uni2 y Tria cumple fielmente todas las disposiciones de la Circular
- Con arreglo a la Circular, Uni2 y Tria, más allá del contrato de verificación formalizado, no mantienen ningún otro tipo de vinculación (accionarial, personal, etc...)
- Uni2 retribuye a Tria con una cantidad fija con independencia del resultado positivo o negativo de la verificación.
- Uni2 y Tria desarrollan sus respectivas actividades en ubicaciones distintas y geográficamente separadas
- Tria cumple con la normativa de protección de datos
- Tria no presta servicios de comunicaciones electrónicas ni participa mayoritariamente en el capital de ninguna empresa dedicada a estas actividades



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Respecto a la denuncia de incumplimiento de la normativa de protección de datos presentada por Telefónica, (i) corresponde a la APD pronunciarse al respecto y la CMT carece de competencias en esta materia, (ii) el cuestionario se limita a transcribir casi literalmente el cuestionario-guion de la Circular 1/2004, (iii) Tria tiene la condición de encargado del tratamiento ex artículo 3.g) de la LOPD y trata los datos por cuenta del responsable (Uni2), (iv) Tria tiene acceso a los datos con motivo de la prestación del servicio y (v) Uni2 está facultada para decidir cuál es la finalidad de los datos que le pertenecen.
- Respecto a la denuncia presentada por Telefónica de incumplimiento de la falta de independencia de Tria respecto a su cliente y otras entidades, la utilización del vocablo “compañero” no expresa opinión alguna ni implica la existencia de vinculación socio-laboral y, en todo caso, únicamente afectaría a la verificación realizada pero no podría interpretarse como una vulneración del deber de independencia del verificador respecto a su cliente.
- La Circular no impide que Tria comparta ubicación geográfica con otra entidad verificadora ni que pertenezca al mismo grupo económico que otra entidad.
- Uni2 sólo ofrece al mercado la modalidad de preasignación global y Tria pregunta sobre ésta, única que ofrece Uni2 y a la que el abonado puede prestar su consentimiento. El hecho de explicitar en qué consiste el servicio de preasignación es una delimitación del consentimiento del cliente
- Tria no ha cometido infracción alguna de la legislación aplicable y no procede la adopción de medidas cautelares, sino la no iniciación de expediente sancionador y el inmediato archivo de la denuncia

Séptimo.- Con fecha 19 de octubre de 2004, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por el representante legal de Tria dando contestación al requerimiento evacuado por esta Comisión y aportando determinada documentación.

Octavo.- Con fecha 8 de noviembre de 2004, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por Uni2 comunicando la modificación realizada en el cuestionario anteriormente presentado ante la CMT para los casos en que el abonado otorga a un tercero representación para cursar la preselección.

Noveno.- 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:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- 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.

Décimo.- 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 Tria, entidad verificadora de Uni2 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 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:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

"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 Tercero a) y Quinto.m) de la Circular por cuanto el agente de Tria se presenta como compañero del agente de ventas de Uni2, (iii) se incumplen los apartados Cuarto.a).3 y Quinto.j), l) y n) de la Circular porque el cuestionario incluye actuaciones comerciales y (iv) posiblemente se incumplen los apartados Tercero.c), e) y f) de la Circular referidos al domicilio social y objeto social 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 Uni2, operador de telecomunicaciones y Tria Global Service, S.L., 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:

- incumplimiento de 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 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)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- incumplimiento de las obligaciones del verificador de no formar parte del mismo grupo económico de compañías que el operador solicitante y de no dar su opinión sobre el servicio de preselección o sobre el operador solicitante del cambio en preselección (apartados Tercero.a) y Quinto.m) de la Circular)
- incumplimiento de la obligación del verificador de no realizar actuaciones comerciales (apartados Cuarto.a).3 y Quinto.j), l) y n) de la Circular)
- posible incumplimiento del verificador por su objeto social tan específico y por la concreción del domicilio social (apartados Tercero.c), e) y f) de la Circular)

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.

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*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.*
 - *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*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 Uni2 y Tria está formalizada mediante contrato “para la provisión de servicios de verificación por terceros” que se ha aportado en el presente expediente, en el cual se declara que Uni2 es el responsable del fichero o del tratamiento de los datos y que Tria es el encargado de los mismos. Tal manifestación contractual está acompañada, además, de determinadas previsiones que llevan a concluir a esta Comisión que efectivamente Tria tiene tal 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 Tria a Uni2, (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 Tria y (iv) el destino de los datos obtenidos una vez cumplida la prestación de servicios que han pactado ambas entidades.

En consecuencia y de acuerdo con lo regulado en la normativa sobre protección de datos, existen indicios de que Tria es mero encargado del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tratamiento de los datos y que, por tanto, Tria 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 Tria respecto de la normativa aplicable sobre la protección de datos personales, esta Comisión solicitó a la Agencia Española de Protección de Datos informe sobre 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.”

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 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 Tria mientras mantenga su condición de encargado del tratamiento de los datos.

En definitiva, 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”.

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 Uni2. Este operador es quien decide en lo relativo a la finalidad, contenido y uso del tratamiento de los mismos, actuando Tria como un mero encargado de verificar lo ya contratado entre el abonado y Uni2 y limitándose a comprobar su exactitud. Como consecuencia de lo anterior, no existe obligación por parte de Tria 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

SEXTO. Sobre el incumplimiento del apartado Tercero a) y Quinto. m) de la Circular 1/2004 y valoración de las actuaciones practicadas.

Según la denuncia de Telefónica, existe un incumplimiento por parte de Tria de los apartados Tercero a) y Quinto m) de la Circular 1/2004. Concretamente estos apartados disponen que:

“Tercero.- Para que el operador solicitante de la preselección pueda iniciar la tramitación de una solicitud con consentimiento verbal del abonado, se deberá acreditar la existencia de dicho consentimiento verbal por una entidad independiente verificadora, denominada tercero que cumpla con los siguientes requisitos:

- a) 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. (...)”*

“Quinto.- El operador solicitante de la preselección no tramitará la actuación en preselección si la verificación del consentimiento verbal del abonado resultase negativa. A los efectos de la presente Circular, la verificación será negativa si se produce cualquier incumplimiento de esta Circular, y, en particular si se diera cualquiera de las siguientes circunstancias:

[...]

- m) el verificador da su opinión sobre el servicio de preselección o sobre el operador solicitante del cambio de preselección”*

La denunciante indica que el incumplimiento se produce en el momento que el agente de Tria se presenta como “compañero” del comercial de Uni2 y se sitúa al lado del servicio comercial como un miembro más del mismo.

El análisis de esta cuestión exige tener en cuenta la diferente documentación aportada a esta Comisión sobre los cuestionarios utilizados. En un primer momento los cuestionarios aportados mediante escritos de 10 de agosto y 13 de octubre de 2004 sí hacían referencia a la presentación del comercial de Uni2 como “compañero” del verificador, sin embargo, en la aportación de los sucesivos cuestionarios y sus modificaciones con fechas de entrada en el Registro de la CMT de 14 de octubre y 8 de noviembre de 2004 desaparece la referencia de “compañero” por la de “el agente de ventas de Uni2”.

Así pues, habiendo desaparecido de los cuestionarios vigentes comunicados a esta Comisión la mención “compañero”, referencia que según la denunciante



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

provocaba un incumplimiento de la Circular, no ha lugar a pronunciamiento alguno por parte de la CMT al respecto.

SÉPTIMO. Sobre el incumplimiento de los apartados Tercero. b), c), 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 Tria puede estar conculcando.

En concreto, Telefónica manifiesta: (i) la imposibilidad de conocer si se pagan incentivos según el resultado de la actividad realizada por Tria, (ii) la imposibilidad de saber si Tria se dedica a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, (iii) la imposibilidad de conocer si tiene participación en alguna sociedad que se dedique a dicha actividad, (iv) sus serias dudas sobre la información ofrecida por Uni2 en cuanto a la ubicación de la entidad verificadora por cuanto es la misma que tiene otra entidad verificadora. 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 recibir incentivos por la verificación positiva (sus retribuciones deben ser independientes del resultado de la verificación)” (apartado b)*
- *“Desarrollar su actividad en ubicaciones distintas y geográficamente separadas de las del operador solicitante del cambio en preselección” (apartado c)*
- *“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)*
- *“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 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

terceros suscrito entre Uni2 y Tria que ha sido aportado por las denunciante no se desprende ningún incumplimiento del apartado b) del dispositivo Tercero de la Circular.

- b) en cuanto a la ubicación en la que el verificador desarrolla su actividad, señalar que del contrato para la provisión de servicios de verificación por terceros suscrito entre Uni2 y Tria que ha sido aportado por las denunciante no se desprende ningún incumplimiento del apartado c) del dispositivo Tercero de la Circular. Respecto a las manifestaciones de Telefónica, ha de significarse que el hecho de que el domicilio social del verificador se encuentre en la calle Núñez de Balboa, 118 de Madrid o el hecho de que dicho domicilio sea el mismo que el de otro verificador no determina por sí solo ningún incumplimiento de la Circular puesto que lo relevante es que los servicios de verificación prestados por Tria se realicen en locales y con medios propios del verificador, sin que exista ninguna relación laboral o de dependencia entre Tria y Uni2 (operador que le ha contratado el servicio de verificación para tramitar el cambio de preasignación).
- 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 pública de declaración de cambio de socio único aportada que está inscrita en el Registro Mercantil de Madrid se desprende que todas las participaciones de Tria pertenecen a la entidad Qualytel Teleservices, S.A. (en adelante, Qualytel). Pues bien, se ha verificado que en el Registro General de Operadores de esta Comisión ninguna de las dos entidades (Tria y Qualytel) está inscrita como operador de comunicaciones electrónicas. Por tanto, tampoco existen indicios de que Tria esté incumpliendo el apartado e) del dispositivo tercero de la Circular.
- d) en cuanto a la prestación por parte del verificador a Uni2 de otros servicios distintos a la propia verificación, debe significarse que el clausulado del contrato no contiene referencia alguna al respecto. Además, de las escrituras de constitución y de elevación a público de acuerdos sociales aportadas que están inscritas en el Registro Mercantil de Madrid se desprende que la sociedad tiene por único objeto realizar actividades de verificación de la contratación verbal de servicios de telecomunicaciones. Por tanto, del contenido de las referidas escrituras y del contrato formalizado entre Uni2 y Tria y a falta de cualquier otra documentación que acredite la prestación de servicios distintos por parte de Tria a Uni2, no existen indicios de que Tria 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.

OCTAVO. Sobre el incumplimiento del apartado Cuarto. a).3 de la Circular o concurrencia de la circunstancia descrita en el apartado Quinto.n) de la Circular y valoración de las actuaciones practicadas.

Telefónica denuncia que el cuestionario utilizado por el verificador de Uni2 incluye una explicación de qué se entiende por preasignación global induciendo al cliente a contratar esta modalidad de preselección, realizando con ello una actuación comercial prohibida en la Circular. Literalmente el cuestionario incluye la siguiente pregunta: *“Desea la preasignación global de las líneas con Uni2? Esto quiere decir que todas las llamadas locales, provinciales, interprovinciales, internacionales y a móviles que Vd, efectúa se cursarán a través de Uni2”*

En este caso, el posible incumplimiento de lo establecido en la Circular se concreta en que, según establece la Circular, *“Durante la llamada de verificación el agente de verificación no lleva a cabo la promoción del servicio de preselección, ni ningún otro tipo de actividad comercial o de marketing”* (apartado Cuarto a)3).

Además, la denunciante señala que la pregunta del cuestionario que incluye la explicación de qué debe entenderse por preselección global conlleva por parte



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del verificador la realización de una actividad que puede ser considerada como de promoción comercial del servicio del operador (apartado Quinto.n) de la Circular.

Ante todo, ha de indicarse que, en el marco de este expediente, Uni2 ha manifestado que únicamente utiliza el procedimiento de verificación por tercero para solicitudes de preasignación global.

En el contexto actual existen diversas modalidades de preselección que pueden ser contratadas por un abonado, entre las que figura la preselección global. 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”*.

Como ya se ha indicado con anterioridad por esta Comisión¹, *“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, 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 ante el operador de acceso, Uni2 no incumple lo establecido en la Circular.

¹ 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

Además, ha de indicarse que en el contexto señalado esta Comisión no considera que la pregunta *“¿Desea la preasignación global de la línea con Uni2? Esto quiere decir que todas las llamadas locales, provinciales, interprovinciales, internacionales y a móviles que Vd. Efectúe se cursarán a través de Uni2.”* implique labor comercial o de marketing alguna prohibida por la Circular ya que no está añadiendo un valor a lo que le ha ofrecido el operador con anterioridad al cliente. Por el contrario, para verificar objetivamente lo que ha sido contratado con anterioridad, con la realización de esta pregunta Tria simplemente está detallando lo que incluye el tipo de preselección ofrecido por Uni2, lo que dota de mayor garantía de consciencia al propio consentimiento otorgado por el abonado.

En consecuencia, procede archivar la denuncia presentada por Telefónica, respecto a la inclusión en el cuestionario de la pregunta reseñada.

NOVENO. Sobre el incumplimiento de los apartados Quinto. j) y l) de la Circular 1/2004 y valoración de las actuaciones practicadas.

Telefónica denuncia que con la frase *“Desea la preasignación global de las líneas con Uni2? Esto quiere decir que todas las llamadas locales, provinciales, interprovinciales, internacionales y a móviles que Vd, efectúa se cursarán a través de Uni2”* se incumplen determinados preceptos de la Circular puesto que la elección ya la hizo el abonado al tratar con el agente comercial de Uni2 y ya tiene decidida la modalidad de preselección. A juicio de Telefónica, el verificador no debe informar nuevamente al cliente en qué consiste la modalidad de preselección global, ya que induce a dicha elección, extralimitándose entonces la entidad verificadora en su cometido.

En concreto, la denunciante entiende que se incumplen los siguientes apartados de la Circular:

-“El verificador responde a preguntas del cliente sobre el servicio de preselección que no tienen relación con los puntos del cuestionario de verificación”. (Apartado Quinto j)).

-“El verificador induce de forma activa a la contestación del abonado en determinado sentido durante el proceso de verificación”. (Apartado Quinto l)).

Para valorar la existencia de incumplimiento de los apartados indicados de la Circular han de analizarse los últimos cuestionarios presentados ante esta Comisión (abonado-persona física, abonado-persona jurídica que preselecciona todas las líneas en bloque, abonado-persona jurídica que preselecciona algunas líneas y consentimiento a favor del representante) por entender que éstos son los vigentes.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pues bien, según lo indicado y una vez analizados los diferentes cuestionarios se hacen las siguientes valoraciones:

- 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 Uni2, 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 y ninguna otra, debe reiterarse que, por una parte, Uni2 puede decidir las modalidades de preselección - de entre las existentes - que desea tramitar a partir de la obtención del 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.

En consecuencia, procede archivar la denuncia presentada por Telefónica respecto a la redacción de la pregunta del cuestionario de verificación utilizado por Tria.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Único.- Archivar la denuncia presentada por Telefónica de España, S.A.U., sin iniciar procedimiento administrativo alguno.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

LA DIRECTORA DE LA
ASESORÍA JURÍDICA

Vº Bº EL PRESIDENTE

Alejandra de Iturriaga Gandini
P.A. art. 7.2 O.M. de 9 de abril de 1997
(B.O.E. de 11 de abril de 1997)

Reinaldo Rodríguez Illera