



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 nº 38/05 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 27 de octubre de 2005, se ha adoptado el siguiente Acuerdo, en relación con el expediente RO 2005/318:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE PONE FIN AL PERIODO DE INFORMACIÓN PREVIA INICIADO DE OFICIO CONTRA TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. Y ARGONAUTA SERVING THE NET S.A. SOBRE LA APLICACIÓN 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 22 de octubre de 2004, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT), escrito presentado por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, Telefónica) comunicando que la misma había decidido iniciar el uso del consentimiento verbal con verificación por tercero en sus procesos de contratación de servicios de telefonía con preselección y que su proveedor del servicio de verificación sería Argonauta Serving The Net S.A. (en adelante, Argonauta).

Se adjuntaron los cuestionarios que iban a ser utilizados por el verificador en las modalidades de inhabilitación y modificación de la preselección, tanto para personas físicas como jurídicas.

Segundo.- Mediante escrito de fecha 4 de marzo de 2005, esta Comisión notificó a Telefónica la apertura de un periodo de información previa con el fin de conocer con mayor detalle las circunstancias concretas del escrito presentado, comprobar su adecuación a lo prescrito en 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 (en adelante, Circular 1/2004). y, consecuentemente la conveniencia o no de iniciar el correspondiente



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

procedimiento, significándoles expresamente la posibilidad de que pudiera efectuar las alegaciones que estimasen convenientes.

Tercero.- Mediante escrito de 20 de septiembre de 2005, la CMT notificó a Argonauta la apertura de un periodo de información previa y le requirió la siguiente información y documentación acreditativa:

- *Estatutos sociales de la entidad ARGONAUTA, 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 ARGONAUTA*
- *Ubicación geográfica de la prestación del servicio de verificación por terceros*
- *Contratos o acuerdos suscritos con la entidad ARGONAUTA., en especial, el formalizado para la prestación del servicio de verificación por terceros*
- *Carta de acciones o participaciones sociales en otras entidades que ostenta ARGONAUTA*
- *Actuaciones practicadas por ARGONAUTA relativas a la protección de datos, en cuanto a la práctica del servicio de verificación por terceros*

Con fecha 13 y 17 de octubre de 2005, tuvieron entrada en el Registro de esta Comisión sendos escritos presentados por el representante legal de Argonauta dando contestación al requerimiento evacuado por esta Comisión y aportando determinada documentación.

Cuarto.- Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 17 de marzo de 2005, se solicitó a la Agencia Española de Protección de Datos 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.”

Quinto.- 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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. Delimitación material del objeto de la información previa.

La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en su artículo 48.2, dispone que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos. Para ello ejercerá las funciones atribuidas en el punto 3º del mismo artículo, incluida el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos en la citada Ley.

Esta Comisión adecuará sus actuaciones a lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), texto legal al que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, se sujeta el ejercicio de las funciones públicas que la Comisión tiene encomendadas.

En concreto los artículos 68 y 69.1 de la LRJPAC habilitan a esta Comisión a iniciar procedimientos de oficio, y el artículo 69.2 establece que el órgano competente podrá abrir de oficio un periodo de información previa, con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto con el fin de analizar su adecuación a lo prescrito en la Circular 1/2004 y la conveniencia de iniciar o no un procedimiento administrativo al respecto.

Cabe significar que el periodo de información previa que se ha iniciado por propia iniciativa tiene por objeto comprobar las circunstancias concretas con las que Telefónica y Argonauta van a tramitar de solicitudes de preselección previa aplicación del procedimiento de verificación establecido en la Circular 1/2004. En concreto, deben analizarse las siguientes cuestiones a la luz de la documentación requerida y obtenida:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Normativa de protección de datos en cuanto que a la aplicación del derecho de información expreso, preciso e inequívoco que exige el artículo 5 de la LOPD (apartado Tercero.d) de la Circular).
- Normativa de protección de datos en cuanto a la aplicación de las disposiciones sobre la creación, notificación e inscripción registral de ficheros automatizados (apartado Tercero.d) de la Circular).
- Requisitos y obligaciones en la tramitación de preselecciones previa utilización de consentimiento verbal, en particular, aquéllos referidos al verificador por tercero y a los criterios de verificación en los cuestionarios comunicados (apartados Tercero, Cuarto y Quinto de la Circular).

SEGUNDO. 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 relacionadas con la normativa de protección de datos en la tramitación de las solicitudes de preselección por parte de Argonauta, 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*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.*
 - *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*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 Telefónica y su verificador está formalizada mediante un contrato de prestación de servicios de verificación por tercero. El verificador declara que Telefónica es el titular del fichero de datos y que él es únicamente un responsable del mismo. En el contrato y sus anexos se declara que el operador es el titular del fichero y tal manifestación contractual está acompañada, además, de determinadas previsiones que llevan a concluir a esta Comisión que Argonauta 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 Argonauta a Telefónica, (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 Argonauta, y (iv) el destino de los datos obtenidos una vez cumplida la prestación de servicios que han pactado las entidades.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

TERCERO. Sobre el apartado tercero d) de la Circular 1/2004 respecto al artículo 5 de la LOPD y valoración de las actuaciones practicadas.

En lo referente a la adecuación del cuestionario utilizado por la entidad verificadora Argonauta 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 a la aplicación 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 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 Argonauta mientras mantenga su condición de encargado del tratamiento de los datos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En consecuencia, no procede incoar expediente sancionador al respecto.

CUARTO. Sobre el 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 apartado tercero d) de la Circular respecto de los artículos 8 al 14 del capítulo II de la LOPD dedicados 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 a la aplicación 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 Telefónica. Este operador es quien decide en lo relativo a la finalidad, contenido y uso del tratamiento de los mismos, actuando Argonauta como mero encargado de verificar lo ya contratado entre el abonado y Telefónica y limitándose a comprobar su exactitud. Como consecuencia de lo anterior, no existe obligación por parte de Argonauta 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 consecuencia, no procede incoar expediente sancionador al respecto.

QUINTO. Sobre los apartados Tercero. a), b), c), e) y f) de la Circular 1/2004 y valoración de las actuaciones practicadas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el apartado Tercero de la Circular 1/2004 se recogen, entre otros, los siguientes requisitos que debe cumplir la entidad verificadora de la existencia de consentimiento del abonado cuya tramitación de preselección inicie el operador beneficiario ante el operador de acceso:

“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:

- “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)*
- “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, se hacen las siguientes valoraciones:

- a) En cuanto al grupo económico al que pertenece el verificador, debe señalarse que de las escrituras de constitución y de compraventa de acciones de la entidad verificadora que han sido aportadas se desprende que todas las participaciones de Argonauta pertenecen a dos personas físicas y a dos sociedades mercantiles. Pues bien, no se ha obtenido vínculo alguno entre las citadas entidades y Telefónica 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 Argonauta 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que del contrato para la provisión de servicios de verificación por terceros suscritos entre el operador y Argonauta que ha sido aportado no se desprende ninguna falta de adecuación a lo establecido en el apartado b) del dispositivo Tercero de la Circular.

- c) en cuanto a la ubicación en la que el verificador desarrolla su actividad, señalar que del Pliego de Condiciones generales del servicio de verificación, así como de la comunicación del verificador a Telefónica que han sido aportados por Argonauta se desprende que en la actualidad, en atención a lo determinado por el apartado c) del dispositivo Tercero de la Circular, la actividad del prestador no se desarrolla en las dependencias de Telefónica. No obstante lo anterior, se observa que una cláusula del contrato para la provisión de servicios de verificación por terceros suscrito entre el operador y Argonauta incluye las condiciones que regirían en el caso de que el verificador debiera realizar, total o parcialmente, los trabajos de verificación. Al respecto, ha de señalarse que la Circular prohíbe expresamente que tal circunstancia - prestación de los servicios de verificación en las mismas ubicaciones de Telefónica o en ubicaciones no separadas geográficamente – pueda llegar a producirse.
- d) 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 Argonauta pertenecen a dos personas físicas y a dos entidades mercantiles. Pues bien, se ha verificado que en el Registro General de Operadores de esta Comisión ninguna de las entidades o personas físicas está inscrita como operador de comunicaciones electrónicas. Asimismo, el verificador manifiesta que no ostenta acciones o participaciones sociales en ninguna entidad prestadora de servicios de comunicaciones electrónicas. Por todo ello, tampoco existen indicios de que Argonauta esté incumpliendo el apartado e) del dispositivo tercero de la Circular.
- e) en cuanto a la prestación por parte del verificador a Telefónica de otros servicios distintos a la propia verificación, 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 Argonauta a Telefónica, no existen indicios de que Conduit esté incumpliendo el apartado f) del dispositivo tercero de la Circular.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En consecuencia, no procede incoar expediente sancionador al respecto.

SEXTO. Sobre el apartado Cuarto. a).3 de la Circular o concurrencia de las circunstancias descritas en los apartados Quinto.l) y n) de la Circular y valoración de las actuaciones practicadas.

En este caso, la Circular concreta que, *“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 de la Circular).*

Asimismo, los apartados Quinto. l) y n) de la Circular establecen que la verificación será negativa si se produce cualquier incumplimiento de esta Circular y, en particular, si se diera cualquiera de las siguientes circunstancias:

“El verificador induce de forma activa a la contestación del abonado en determinado sentido durante el proceso de verificación”

“El verificador realiza una actividad que puede ser considerada como de promoción comercial del servicio de un operador”.

Resulta necesario comprobar la adecuación de la actividad desarrollada por el verificador de Telefónica analizando los cuestionarios presentados en esta Comisión. En concreto, se han remitido los siguientes cuestionarios: Inhabilitación para personas físicas (cuestionario1), inhabilitación para personas jurídicas (cuestionario 2), modificación de preselección para personas físicas (cuestionario 3) y modificación de preselección para personas jurídicas (cuestionario 4).

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

- En primer lugar, respecto de los cuestionarios de inhabilitación tanto para personas físicas como jurídicas, los mismos se adecuan a los requisitos establecidos en el Anexo I de la Circular en lo relativo a inhabilitación de la preselección, entendiéndose por la misma la actuación que deja sin efectos una preselección.
- En segundo lugar, respecto de los cuestionarios de modificación de la preselección presentados se adecuan a lo establecido en el Anexo I de la Circular pero conviene analizar su pregunta número 12 que indica lo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

siguiente: “¿desea realizar todas las llamadas con Telefónica de España excepto las de larga distancia y las realizadas a móviles?”

Con esta pregunta el operador de acceso pretende ofrecer la modificación de la preselección mediante la cual el abonado mantenga la modalidad de preselección de larga distancia (que incluyen las llamadas de larga distancia y de fijo a móvil) con el operador que ya está preseleccionado y recupere con el operador de acceso el tratamiento del resto de las llamadas. Atendiendo a los modelos de cuestionarios presentados por Telefónica, debe significarse que este operador no ha aportado cuestionario por el cual el abonado modifica la preselección que tiene contratada de tal forma que pase de tener una preselección global extendida a una preselección global. Para el supuesto de que Telefónica pretenda tramitar este tipo de modificación con previa utilización del consentimiento VPT del abonado, antes debe presentar el correspondiente cuestionario ante la CMT.

- En tercer lugar, esta Comisión entiende que los modelos de cuestionarios presentados utilizando la fórmula confirmatoria del consentimiento no inducen de forma activa a la contestación del abonado en determinado sentido (apartado Quinto. I) de la Circular), puesto que es de suponer que ha sido el abonado quien previamente ha facilitado esos mismos datos y, si así no hubiera sido, el abonado igualmente durante todo el proceso de verificación negará el consentimiento, máxime teniendo en cuenta que los cuestionarios no incluyen preguntas indirectas o negativas.
- En cuarto lugar, debe resaltarse la siguiente prohibición “*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)). Al respecto, procede indicar que en los cuestionarios de inhabilitación, no se encuentra ninguna pregunta que pueda suponer que el verificador esté realizando una promoción del servicio de preselección puesto que claramente lo que ofrece es la modalidad de inhabilitación, es decir que el abonado deje de estar en su totalidad preseleccionado con el operador que ha sido beneficiario hasta ese momento. En cuanto a los cuestionarios de modificación de preselección, la pregunta que hace el verificador de “¿Desea realizar todas las llamadas con Telefónica excepto las de larga distancia y las realizadas a móviles?”, no conlleva una labor comercial o de marketing alguna prohibida por la Circular ya que el verificador no está añadiendo un valor a lo que el operador ha ofrecido con anterioridad al cliente. Por el contrario, para verificar objetivamente lo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que ha sido contratado con anterioridad, con la realización de esta pregunta Argonauta simplemente está detallando qué llamadas facilita Telefónica y tiene contratadas el cliente, lo que dota de mayor garantía de consciencia al propio consentimiento otorgado por el abonado.

- En quinto lugar, sobre si el verificador realiza alguna actividad que pueda ser considerada como de promoción comercial del servicio del operador (apartado Quinto.n) de la Circular), esta Comisión no considera que la pregunta anteriormente analizada implique labor comercial o de marketing alguna prohibida por la Circular puesto que simplemente está solicitando la confirmación por parte del abonado de lo que ya se ha contratado con el operador, es decir, de cursar todas las llamadas de nuevo con el operador de acceso excepto las de larga distancia y las realizadas a móviles.

En cuanto a los cuestionarios de inhabilitación de la preselección tampoco se puede considerar que pueda existir una promoción comercial por parte del verificador al realizar sus preguntas, puesto que está claro que en este caso la inhabilitación supone claramente el hecho de que se dejen de cursar todo tipo de llamadas con el último operador beneficiario de la preselección dejando sin efectos la misma.

Por lo tanto, según todo lo anterior, no procede incoar procedimiento sancionador respecto de los requisitos de la Circular analizados en este apartado.

SÉPTIMO. Sobre el apartado Quinto k) de la Circular 1/2004 y valoración de las actuaciones practicadas.

El apartado Quinto k) de la Circular determina que la verificación será negativa si *“no se completa el cuestionario de verificación en el orden establecido en la presente Circular”*.

Una vez analizados los cuestionarios remitidos por Telefónica a esta Comisión se observa que los referidos cuestionarios están cumpliendo con carácter general el contenido y orden determinado en la Circular.

En especial, ha de significarse que en los cuestionarios analizados se incluye correctamente el recordatorio del derecho de revocación que el verificador ha de realizar en virtud de lo prescrito en el apartado Cuarto.d).3 de la Circular.

Finalmente, señalar que se observa que en los cuestionarios utilizados por el verificador se opta por la confirmación de los datos de los que ya dispone la entidad verificadora.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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, 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 ya han sido facilitados con anterioridad al propio operador Telefónica 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 no conlleva por parte del verificador la realización de una actividad que pueda ser considerada como de promoción comercial del servicio del operador (apartado Quinto.n) de la Circular) ni tampoco induce de forma activa a la contestación del abonado en determinado sentido (apartado Quinto.l) de la Circular).

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Único.- Archivar la presente información previa.

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.

Vº Bº EL PRESIDENTE

Reinaldo Rodríguez Illera

EL SECRETARIO

Jaime Almenar Belenguer