



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 33/05 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 2004/1730:

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 NEO-SKY 2002 S.A., IBERDROLA S.A. Y EDIPRO EDICIONES PROFESIONALES, S.L. 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 3 de noviembre 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 por tener fundadas sospechas de que las entidades NEO-SKY 2002, S.A. (en adelante, Neo-Sky), IBERDROLA S.A. (en adelante, Iberdrola) y EDIPRO EDICIONES PROFESIONALES, S.L. (en adelante, Edipro) no cumplen 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(requisitos para tramitar las solicitudes de preselección con 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
- En los cuestionarios se opta por la confirmación de los datos de los que ya dispone la entidad verificadora, incumpliendo los apartados Quinto.l) de la Circular al estar induciendo a la respuesta y Cuarto.3ª) y Quinto.n) por estar realizando una actuación comercial.
- Se incumple el apartado Cuarto a) 4 (en relación con el Anexo I, punto 5) en cuanto que el cuestionario remitido por Neo-Sky e Iberdrola no ofrece información al cliente sobre el derecho a revocación, ni sobre el procedimiento o plazos para ejercitar su derecho.
- Ante la falta de datos, no puede confirmar el cumplimiento de las disposiciones de la Circular sobre los requisitos que deben cumplir las entidades verificadoras o el contrato que formalice entre el verificador y el operador beneficiario (extralimitación de la relación contractual, pagos por incentivos, participación en empresas de comunicaciones electrónicas, actividad de comunicaciones electrónicas,..). Por ello, debería existir un Registro de entidades habilitadas para la verificación del consentimiento verbal en las tramitaciones de preselección o, en su defecto, una habilitación que redundara en la seguridad jurídica de los clientes y 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.
- 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 Iberdrola, 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 Iberdrola en su condición de revendedor del servicio telefónico de acceso indirecto prestado por Neo-Sky



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

comunicándole la utilización de la entidad de verificación Edipro y adjuntándole el cuestionario a utilizar.

Segundo.- Mediante escritos de fecha 10 de noviembre de 2004, esta Comisión notificó a Telefónica, Neo-Sky e Iberdrola 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 escritos de 10 y 29 de noviembre de 2004, esta Comisión requirió a Neo-Sky la siguiente información y documentación acreditativa:

- *Domicilio social y Domicilio a efectos de notificaciones completos de la entidad Edipro Ediciones Profesionales, S.L.*
- *Representante legal de la entidad Edipro Ediciones Profesionales, S.L.*

Con fecha 7 de diciembre de 2004, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por el representante legal de Neo-Sky dando contestación al requerimiento evacuado por esta Comisión y aportando determinada documentación.

Cuarto.- Con fecha 26 de noviembre de 2004, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Iberdrola 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 la obligación de informar al afectado previamente al tratamiento de sus datos de carácter personal, Iberdrola está cumpliendo con la misma como titular y responsable del tratamiento del fichero, informando al abonado cuando se contacta por primera vez vía telefónica, por lo que no es necesario volver a informarle cuando se verifica la información ya aportada
- Edipro actúa como encargado del tratamiento de los datos y cumple con los requisitos previstos en el artículo 12 de la LOPD y con la Circular
- La relación entre Edipro e Iberdrola está regulada en un contrato de prestación de servicios. En el mismo se reconoce como encargado del tratamiento a Edipro, el cual actuará conforme a las instrucciones del responsable del fichero (Iberdrola) respetando lo establecido en la normativa de protección de datos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- En cuanto que Edipro actúa como mero encargado del tratamiento, en ningún caso está obligado a inscribir el fichero ya que no se produce cesión de datos alguna
- b) sobre la promoción realizada por el verificador con el objetivo comercial o de marketing
 - Edipro se limita a describir objetivamente el servicio telefónico de acceso indirecto mediante preselección automática ofrecida por Iberdrola
 - La utilización del nombre “Iberdrola” no se utiliza con la finalidad de promocionar comercialmente los servicios ofertados pues ésta es precisamente la denominación social y nombre comercial del prestador del servicio telefónico
 - Analizado el cuestionario utilizado por el verificador de Telefónica (“ARGONAUTA”) se menciona varias veces a “Telefónica de España” por lo que también la propia Telefónica estaría incumpliendo la Circular
- c) sobre el contenido del cuestionario utilizado por Edipro
 - con las preguntas del cuestionario únicamente se verifica objetivamente la corrección de los datos suministrados previamente por el cliente y finalmente se recaba su consentimiento
 - en una conversación normal estas preguntas sólo pueden hacerse de una forma cerrada respondiendo “sí” o “no” sin que por ello se esté predisponiendo al cliente hacia una respuesta u otra
 - confrontando el cuestionario utilizado por Edipro con el utilizado por ARGONAUTA (verificador de Telefónica), éste contiene el mismo tipo de preguntas cerradas que precisamente denuncia, por lo que Telefónica responde más a un deseo de impedir o entorpecer la actividad de sus competidores que a velar por el cumplimiento de la Circular
- d) sobre la mención del derecho a revocación y plazo del mismo en el cuestionario utilizado por Edipro:
 - Esta información siempre ha sido facilitada por Edipro a la totalidad de los clientes contactados para la preasignación
 - El cuestionario remitido a la CMT y a Telefónica ciertamente estaba omitida por un mero error material por lo que aporta el nuevo cuestionario con dicha mención comunicándolo nuevamente a la CMT y a Telefónica
 - Se ofrece como medio de prueba de su cumplimiento un listado de todas las llamadas de verificación realizadas para remitir, si la CMT lo considera oportuno, las grabaciones que lo demuestran siempre



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

respetando la normativa aplicable de protección de datos y el derecho a la intimidad de las personas afectadas

e) sobre la creación de un Registro de entidades habilitadas para la preasignación:

- la solicitud de Telefónica de creación de un Registro no está dirigida a velar por el estricto cumplimiento de la normativa sobre verificación del consentimiento verbal, sino que esconde la intención de retrasar y complicar con trámites burocráticos, la completa y efectiva implantación de dicho mecanismo

f) sobre las infracciones previstas en la LGTel y cometidas por parte de la entidad verificadora:

- no existe incumplimiento alguno de la Circular por parte de Iberdrola, Neo-Sky o Edipro por lo que no se ha producido infracción administrativa alguna
- el objetivo de Telefónica es utilizar “*torticeramente*” la normativa sancionadora para dificultar la actuación de los operadores que intenten implantar la preselección con verificación verbal, como así se desprende al presentar varias denuncias contra otras entidades (RSL, European Filing, Tele2, Uni2...)

g) sobre la solicitud de adopción de medidas cautelares:

- Al manifestar Telefónica genéricamente que la existencia de fraudes en la preselección e incumplimiento de la normativa aplicable puede causar graves perjuicios no sólo a los clientes sino a ella misma, con este argumento reconoce que la finalidad de la denuncia presentada es la de evitar el “perjuicio” que le supone tener que aceptar sin más las solicitudes que le remita el operador Iberdrola
- En vez de recurrir a los mecanismos ordinarios de la Circular para la aceptación o rechazo de las solicitudes de preselección, Telefónica recurre a esta denuncia para entorpecer la actividad comercial de Iberdrola y para protestar extemporáneamente ante la CMT, por la aplicación de un procedimiento de preselección que facilita en gran medida la apertura a la competencia del mercado de la telefonía fija, por lo que no procede en ningún caso la adopción de medida cautelar alguna

Por último, Iberdrola solicita la determinación de la corrección de la actuación de Iberdrola, Neo-Sky y Edipro en cuanto a la Circular 1/2004, la improcedencia



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de abrir expediente sancionador derivado de la denuncia de Telefónica así como de la solicitud de adopción de medidas cautelares.

Quinto.- Con fecha 26 de noviembre de 2004, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por el representante legal de Neo-Sky en el que manifiesta que:

- Iberdrola es quien debe de cumplir lo establecido en el artículo 5 de la LOPD relativo al deber de información al afectado previamente al tratamiento de sus datos al ser el titular y responsable del tratamiento del fichero automatizado, informando de ello en el momento que se le contacta la primera vez por vía telefónica.
- Edipro es el encargado del tratamiento de datos según establece el artículo 12 de la LOPD y cumple con los requisitos que establece la LOPD y la Circular.
- La relación entre Edipro e Iberdrola está regulada en un contrato de prestación de servicios en el que se reflejan las condiciones para el tratamiento de datos por cuenta de terceros.
- La actuación de Edipro como mero encargado del tratamiento en ningún caso le obliga a inscribir ficheros en el Registro de la AEPD ya que no se produce ninguna cesión de datos (al igual que ocurre con Argonauta, verificador de Telefónica).
- El cuestionario utilizado por Edipro se limita a describir objetivamente el servicio telefónico de acceso indirecto mediante preselección automática ofrecido por Iberdrola, sin incluir ninguna consideración sobre el servicio, por lo que no puede considerarse que se realice una actividad comercial.
- Se utiliza el nombre de Iberdrola ya que es la denominación social y nombre comercial del prestador del servicio telefónico, como de la misma manera lo hace el verificador de Telefónica (Argonauta).
- El cuestionario utilizado lo único que hace es verificar de forma objetiva la corrección de los datos suministrados previamente por el cliente y finalmente recabar su consentimiento. Ello sólo se puede plantear como una conversación normal donde se pueda responder con un Sí o un NO, sin que por ello se esté predisponiendo al cliente hacia una respuesta u otra.
- Edipro ha informado al cliente de su derecho de revocación, procedimiento y plazo de ejercicio aunque por un error material no aparezca en los cuestionarios remitidos a Telefónica y a la CMT, hecho que será corregido e informado nuevamente.
- Con la solicitud de crear un Registro de entidades habilitadas, el objetivo de Telefónica no es velar por el estricto cumplimiento de la normativa sobre verificación del consentimiento verbal, sino que esconde su evidente intención de retrasar la implantación del mecanismo de la preselección mediante verificación por tercero.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- No existe incumplimiento alguno de la Circular por parte de Iberdrola, Neo-Sky o Edipro por lo que no se ha producido infracción administrativa alguna.
- El objetivo de Telefónica es utilizar “*torticeramente*” la normativa sancionadora para dificultar la actuación de los operadores que intenten implantar la preselección con verificación verbal, como así se desprende al presentar varias denuncias contra otras entidades (RSL, European Filing, Tele2, Uni2...).
- En vez de recurrir a los mecanismos establecidos en la propia Circular (aceptación o rechazo de las solicitudes) Telefónica presenta la denuncia con el objeto de entorpecer la actividad comercial de Iberdrola.
- La actuación de las denunciadas no supone incumplimiento alguno de la normativa vigente por los que no se está causando perjuicio alguno ni a los clientes ni a Telefónica, por lo que no procede la medida cautelar solicitada.

Finalmente Neo-Sky solicita el reconocimiento de la correcta actuación las entidades denunciadas, la improcedencia de la apertura de expediente sancionador así como de las medidas cautelares solicitadas.

Sexto.- Mediante escrito de 26 de enero de 2005, esta Comisión requirió a Edipro la siguiente información y documentación acreditativa, que fue aportada por la entidad en esta Comisión el 15 de febrero de 2005:

- *Estatutos sociales de la entidad Edipro Ediciones Profesionales, 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 Edipro Ediciones Profesionales, S.L.*
- *Composición accionarial actual de la entidad Edipro Ediciones Profesionales, S.L.*
- *Ubicación geográfica de las prestación del servicio de verificación por terceros*
- *Contratos o acuerdos suscritos con las entidades Neo-Sky, Iberdrola, en especial, el formalizado para la prestación del servicio de verificación por terceros*
- *Cartera de acciones o participaciones sociales en otras entidades que ostenta Edipro Ediciones Profesionales, S.L.*
- *Actuaciones practicadas por Edipro Ediciones Profesionales, S.L. relativas a la protección de datos, en cuanto a la práctica del servicio de verificación por terceros*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Séptimo.- Con fecha 9 de febrero de 2005, mediante escrito del Secretario de esta Comisión se otorgó a Edipro un plazo de 10 días hábiles para aducir las alegaciones que considerara oportunas.

Octavo.- Con fecha 15 de febrero de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito del representante legal de Edipro cumplimentando el requerimiento evacuado por esta Comisión y efectuando las siguientes alegaciones:

- Edipro es mero encargado del tratamiento del fichero que contiene datos de carácter personal.
- Edipro efectúa el tratamiento de los datos conforme a los criterios, requisitos y especificaciones establecidas en el contrato de verificación.
- Edipro ha adoptado y cumple todas las medidas de seguridad definidas en la normativa vigente.

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 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.”

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Calificación del escrito.

El escrito presentado por Telefónica ante esta Comisión constituye una denuncia, en cuya virtud se ponen en conocimiento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determinados hechos por tener fundadas sospechas de que las entidades Neo-Sky, Iberdrola y la entidad verificadora Edipro no cumplen 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:

"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 incumplen los apartados Cuarto.a).3 y Quinto l) y n) de la Circular porque el cuestionario incluye actuaciones comerciales e induce a la contestación, (iii) se incumple el apartado Cuarto a) 4 (en relación con el Anexo I, punto 5) porque el cuestionario no ofrece información al cliente sobre el derecho a revocación, su procedimiento o plazos de ejercicio y (v) posiblemente se incumplen los apartados Tercero b), e) y f) de la Circular referidos a la relación contractual entre operador y 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 Neo-Sky, operador de telecomunicaciones, Iberdrola, revendedor y Edipro, 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 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 el 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 ni inducir la contestación (apartados Cuarto.a).3 y Quinto l) y n) de la Circular)
- incumplimiento de la obligación del verificador de ofrecer información al cliente sobre el derecho a revocación y el procedimiento o plazos para ejercitar este derecho (apartado Cuarto a) 4, en relación con el punto 5 del Anexo I)
- posibles incumplimientos del verificador referidos a la relación contractual entre operador y verificador (apartados Tercero b), 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 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*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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:*
 - o *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.*
 - o *Que el contenido concreto del servicio subcontratado y la empresa subcontratista conste en la oferta o en el contrato.*
 - o *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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 Iberdrola y Edipro está formalizada mediante contrato de prestación de servicios de verificación por tercero de tramitaciones de preselección de operador que se ha aportado en el presente expediente, en el cual se declara que Iberdrola es el responsable del fichero o del tratamiento de los datos y que Edipro es el encargado de los mismos. Tal manifestación contractual está acompañada, además, de determinadas previsiones que llevan a concluir a esta Comisión que efectivamente Edipro 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 Edipro a Iberdrola, (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 Edipro 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 Edipro es mero encargado del tratamiento de los datos y que, por tanto, Edipro 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 Edipro 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 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 Edipro 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.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

En concreto, Telefónica manifiesta: (i) la imposibilidad de conocer si se pagan incentivos según el resultado de la actividad realizada por Edipro, (ii) la imposibilidad de saber si Edipro 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. 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)*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *“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 suscrito entre Iberdrola y Edipro que ha sido aportado por las denunciadas no se desprende ningún incumplimiento del apartado b) del dispositivo Tercero de la Circular.
- b) 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 las escrituras aportadas así como de las declaraciones efectuadas por el verificador se desprende el accionariado que compone el capital social del verificador. Pues bien, se ha contrastado que en el Registro General de Operadores de esta Comisión ni Edipro ni sus socios están inscritos como operadores de comunicaciones electrónicas. Por tanto, tampoco existen indicios de que Edipro esté incumpliendo el apartado e) del dispositivo tercero de la Circular.
- c) en cuanto a la prestación por parte del verificador a Iberdrola o Neo-Sky 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 elevación a público de acuerdos sociales aportadas que están inscritas en el Registro Mercantil correspondiente se desprende que la sociedad no tiene por objeto prestar servicios de comunicaciones electrónicas. Por tanto, del contenido de las referidas escrituras y del contrato formalizado entre Iberdrola y Edipro y a falta de cualquier otra documentación que acredite la prestación de servicios distintos por parte de Edipro a Iberdrola, no existen indicios de que Edipro esté incumpliendo el apartado f) del dispositivo tercero de la Circular.

Finalmente, Telefónica plantea la necesidad de que exista un Registro de entidades verificadoras. Pues bien, esta cuestión ya fue planteada ante esta



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 de los apartados Quinto l) y n) de la Circular y valoración de las actuaciones practicadas.

Telefónica denuncia que en los cuestionarios utilizados por el verificador de Iberdrola se opta por la confirmación de los datos de los que ya dispone la entidad verificadora, realizándose con ello una actuación comercial y una sugestión 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, 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, estos datos ya han sido facilitados al propio operador-revendedor (Iberdrola) 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A juicio de esta Comisión, el seguimiento de este sistema:

- (i) 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 por cuanto que cuando el abonado es puesto en contacto con el verificador ya con anterioridad no sólo ha tenido que haber contratado el servicio, sino que, además, ha debido haber facilitado todos sus datos al operador. Esto es, no se aprecia que por parte del verificador se esté añadiendo un valor a lo que con anterioridad el operador ha ofrecido al cliente. Por el contrario, la verificación supone una mayor garantía de que efectivamente son correctos y reales los datos que en la tramitación de una determinada solicitud utiliza un operador frente al otro.
- (ii) No induce de forma activa a la contestación del abonado en determinado sentido (apartado Quinto.l) 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 el presente caso, los cuestionarios recogen válidamente la primera de las vías posibles, por lo que no procede incoar expediente sancionador.

OCTAVO. Sobre el incumplimiento del apartado Cuarto a) 4 de la Circular 1/2004 y valoración de las actuaciones practicadas.

Telefónica denuncia que se incumple el apartado Cuarto a) 4 (en relación con el Anexo I, punto 5) en cuanto que el cuestionario remitido por Neo-Sky e Iberdrola no ofrece información al cliente sobre el derecho a revocación, ni sobre el procedimiento o plazos para ejercitar su derecho.

Al respecto, Iberdrola manifiesta que esta información siempre ha sido facilitada por Edipro a la totalidad de los clientes contactados para la preasignación, aunque ciertamente el cuestionario remitido a la CMT y a Telefónica, por error material, omitía esta circunstancia. Iberdrola ofrece como medio de prueba de su cumplimiento un listado de todas las llamadas de verificación realizadas para remitir, si la CMT lo considera oportuno, las grabaciones que lo demuestran.

Asimismo, Iberdrola presenta ante esta Comisión nuevo cuestionario en el que se incluye la comunicación del verificador al cliente de la existencia del derecho de revocación y del procedimiento y plazo para ejercitarlo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tomando en consideración, las manifestaciones de Iberdrola y la circunstancia de que el vigente cuestionario presentado ante esta Comisión incluye correctamente la información relativa al derecho de revocación que tiene el cliente, esta Comisión considera procedente no incoar procedimiento sancionador alguno.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Único.- Archivar la denuncia formulada por Telefónica de España, S.A.U. contra Neo-Sky 2002, S.A., Iberdrola S.A. y Edipro Ediciones Profesionales, S.L., en lo relativo a los 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