



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 2004/1375:

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 TELE2 TELECOMMUNICATION SERVICES, S.L., Y QUALYTEL TELESERVICES, S.A. POR UN PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA CIRCULAR 1/2004, DE 27 DE MAYO, DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES, POR LA QUE SE INTRODUCE EL CONSENTIMIENTO VERBAL CON VERIFICACIÓN POR TERCERO EN LAS TRAMITACIONES DE PRESELECCIÓN DE OPERADOR.

HECHOS

Primero. Con fecha 11 de agosto de 2004 ha tenido entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito presentado por la entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, Telefónica).

En dicho escrito se denuncia a las entidades TELE2 TELECOMMUNICATION SERVICES, S.L. (en adelante, Tele2) y QUALYTEL TELESERVICES, S.A. (en adelante, Qualytel) por tener fundadas sospechas de que la entidad QUALYTEL no cumple los requisitos establecidos en la Circular 1/2004, de 27 de mayo, por la que se introduce el consentimiento verbal con verificación por tercero en las tramitaciones de preselección de operador (en adelante, Circular 1/2004).

En concreto, Telefónica expone lo siguiente:

- Se incumple el apartado Tercero.d) de la Circular 1/2004, en relación con el incumplimiento del (i) artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, reguladora de la Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD) por cuanto el cuestionario aportado por los denunciados no respeta el derecho de información expreso, preciso e inequívoco de la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

- Se está incumpliendo el apartado cuarto.3 a) de la Circular por cuanto del texto del cuestionario se evidencia que la información facilitada por el verificador es una información “*absolutamente comercial*”.

En concreto, Telefónica hace alusión a la siguiente frase: “*Tele2 le ofrece la modalidad de preselección global, que le permite realizar todas sus llamadas locales, provinciales, interprovinciales, de fijo a móvil e internacionales, con Tele2 sin marcar ningún prefijo*”

- Se incumple el apartado quinto de la Circular por los siguientes motivos: (i) el verificador responde a preguntas del cliente sobre el servicio de preselección que no tienen relación con los puntos del cuestionario de verificación (letra j) del artículo quinto); (ii) el verificador induce de forma activa a la contestación del abonado en determinado sentido durante el proceso de verificación (letra l) del artículo quinto); y (iii) el verificador realiza una actividad que puede ser considerada como de promoción comercial del servicio de un operador (letra n) del artículo quinto).
- La Circular contiene disposiciones taxativas sobre los requisitos que deben cumplir las entidades verificadoras que no pueden ser comprobados por otros operadores ajenos a aquél con quien contrata sus servicios de verificación. Asimismo, considera Telefónica que no es posible comprobar el cumplimiento de los requisitos respecto de la relación contractual establecida entre el operador solicitante de la preselección y dicha entidad. En concreto, Telefónica hace alusión al posible incumplimiento de las letras b), e) y f) del apartado tercero de 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.
- 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 Tele2 comunicándole la contratación de la entidad de verificación Qualytel y adjuntándole el cuestionario a utilizar.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo. Mediante escritos de fecha 13 de agosto de 2004, esta Comisión notificó a Telefónica, Tele2 y Qualytel 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, otorgándoles un plazo de diez días para formular alegaciones.

Tercero. Con fecha 7 de septiembre de 2004 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Tele2 mediante el cual formula, entre otras, las siguientes alegaciones a la denuncia presentada por Telefónica:

- En cuanto al presunto incumplimiento del artículo 5 de la LOPD, en su cuestionario de verificación no se incluyen los extremos del citado artículo *“en tanto en cuanto la inclusión de los mismos no es necesaria según la propia LOPD, habida cuenta de que tal información se proporciona a los abonados previamente por el responsable del fichero de los datos de carácter personal (TELE2) durante la fase comercial que es cuando se recaban los datos de carácter personal”*.
- El hecho de que Qualytel tenga o no inscritos ficheros de datos de carácter personal en la Agencia Española de Protección de Datos *“es irrelevante a efectos de la denuncia presentada en tanto en cuanto no corresponde a QUALYTEL inscribir el fichero que contienen los datos (...) de los abonados de Tele2 que se preseleccionan ya que como se ha señalado, QUALYTEL es el encargado del tratamiento de dicho fichero pero no el responsable del mismo.”*
- Niega el incumplimiento de los apartados tercero b) y e) de la Circular, tal y como se desprende de la documentación aportada.
- *“es obvio que es necesario mencionar el nombre de TELE2 para que el abonado pueda prestar su consentimiento para que TELE2 como operador beneficiario realice las gestiones necesarias ante el operador de acceso para preseleccionar el número solicitado.”*

“en dicho cuestionario no se realiza ninguna publicidad o promoción sobre servicios de TELE2 en tanto que a fecha actual TELE2 sólo comercializa la preselección global. Además, dicha frase solamente establece la modalidad de preselección que debe constar en el cuestionario, tal y como establece imperativamente la Circular. Por lo tanto no se trata de promoción alguna que incentive al abonado a contratar otros servicios o que le haga constar sobre algunos servicios publicitados”

- En relación con el apartado quinto, letra j), *“no se puede afirmar en base al tenor literal de la frase 11 del cuestionario (transcrita en el Antecedente primero) que el Agente de verificación responda a preguntas sobre el servicio de preselección, ya que (...) lo único que hace es, en cumplimiento de la*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Circular 1/2004, señalar la modalidad de preselección que debe aparecer en el cuestionario.”

- En cuanto a la letra l) del apartado quinto, la frase a la que se ha hecho alusión *“establece la única modalidad que dicho operador comercializa, la preselección global, no pudiendo inducir a la elección entre varias modalidades al sólo existir una, siendo necesario su reflejo por imperativo de la norma.”*
- En relación con la letra n) del apartado quinto, Tele2 manifiesta que *“no puede considerarse que QUALYTEL esté realizando actividad comercial alguna para TELE2 puesto que simplemente está reflejando los datos de la modalidad sobre la que el abonado está consintiendo, no ofreciendo otro tipo de servicio, ni elemento comercial acerca de dicha empresa ni sus servicios.”*

Tele2 finaliza su escrito solicitando el archivo del presente período de información previa.

Cuarto. Con fecha 7 de septiembre de 2004, ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de Qualytel a la denuncia de Telefónica. En concreto, Qualytel manifiesta lo siguiente:

- Es una empresa que goza de gran reputación en el sector del telemarketing o teleservicios.
- La relación contractual entre Qualytel y Tele2 cumple los requisitos de la Circular.
- *“la competencia exclusiva para declarar la existencia y sancionar las infracciones a la legislación en materia de protección de datos corresponde en exclusiva a la Agencia Española de Protección de Datos”.*
- el cuestionario de verificación que utiliza *“se limita a reproducir casi literalmente el cuestionario-guión contenido en el Anexo I de la Circular, en el que no figura absolutamente ninguna obligación en materia de protección de datos que sea exigible a la entidad independiente verificadora”.*
- el responsable del tratamiento de los datos es Tele2, siendo Qualytel simplemente el *“encargado del tratamiento”*. Por ello, Qualytel señala que *“los datos personales de los abonados a los que Qualytel tiene acceso con motivo de la prestación del Servicio pertenecen exclusivamente a Tele2, por lo que sólo esta última compañía está facultada para decidir cuál es la finalidad de los mismos.”*
- en relación con la supuesta promoción comercial del servicio de preselección llevada a cabo por Qualytel que Telefónica denuncia en su escrito, *“dado que el único servicio que ofrece Tele2 en España es el servicio de preselección global, resultaría contradictorio que se ofreciera al abonado la posibilidad de escoger entre distintas modalidades de servicio. Por ello, tras obtener la*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

autorización del abonado para grabar la conversación, dejar constancia de la fecha de la misma y haber identificado el número objeto de la preselección, Qualytel informa de la única modalidad de preselección que Tele2 ofrece en el mercado y a la que el abonado puede prestar su consentimiento.

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

Quinto. Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 14 de febrero de 2005, se requirió a Qualytel la remisión de la siguiente información:

- *Estatutos sociales de la entidad QUALYTEL TELESERVICES, S.A., 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 QUALYTEL TELESERVICES, S.A.*
- *Composición accionarial actual de la entidad QUALYTEL TELESERVICES, S.A.*
- *Ubicación geográfica de la prestación del servicio de verificación por terceros.*
- *Contratos o acuerdos suscritos con la entidad TELE2 TELECOMMUNICATIONS SERVICES, S.L. en especial, el formalizado para la prestación del servicio de verificación por terceros*
- *Cartera de acciones o participaciones sociales en otras entidades que ostenta QUALYTEL TELESERVICES, S.A*
- *Actuaciones practicadas por QUALYTEL TELESERVICES, S.A relativas a la protección de datos, en cuanto a la práctica del servicio de verificación por terceros*

Con fecha 9 de marzo de 2005, se ha recibido en esta Comisión, escrito de Qualytel mediante el cual vino a atender el requerimiento de información evacuado.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

entidades verificadoras que no han inscrito fichero alguno correspondiente a su actividad verificadora.

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

Octavo. Con fecha 12 de septiembre de 2005, se ha incorporado al presente expediente la comunicación remitida por Tele2 a esta Comisión con entrada 8 de julio de 2004 en la que notifica la identidad del verificador y se da traslado del cuestionario a utilizar por dicha entidad verificadora.

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 Qualytel, entidad verificadora de Tele2 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".

Es el artículo 11 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Postestad Sancionadora, aplicable a los procedimientos sancionadores tramitados por esta Comisión, el que delimita este concepto, al establecer que:

"1. Los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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”.

El escrito presentado por Telefónica ante esta Comisión constituye en sí mismo una denuncia, en cuya virtud, se pone en conocimiento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que las entidades Tele2 y Qualytel están incumpliendo determinados preceptos de la Circular 1/2004.

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 Tele2, operador de telecomunicaciones y Qualytel verificador independiente.

En atención a lo anterior, cabe significar que el contenido material del escrito presentado por Telefónica 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 (apartado Cuarto.a) 3 de la Circular)
- incumplimiento de la obligación del verificador de responder a preguntas del cliente sobre el servicio de preselección que no tienen relación con los puntos del cuestionario de verificación, inducir de forma activa a la contestación del abonado en determinado sentido durante el proceso de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

verificación, realizar una promoción comercial del servicio de un operador (apartado Quinto. j), l) y n) de la Circular)

- posibles incumplimientos del verificador referidos a la relación contractual entre operador y verificador (apartados Tercero b), e) y f) de la Circular)

En el expediente constan dos modelos diferentes de cuestionario uno adjunto al contrato formalizado para la prestación de servicios de verificación por tercero y otro enviado a esta Comisión tanto por Telefónica como por Tele2. Para el análisis de las cuestiones reseñadas, se toma en consideración este segundo modelo de cuestionario por cuanto el mismo es el que ha sido remitido tanto a la CMT como a Telefónica y, por tanto, obligatoriamente ha de ser el que en la actualidad esté utilizando el verificador de Tele2.

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*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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:*
 - 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*



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 Tele2 y Qualytel 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 Tele2 es el responsable del fichero o del tratamiento de los datos y que Qualytel es el encargado de los mismos. Tal manifestación contractual está acompañada, además, de determinadas previsiones que llevan a concluir a esta Comisión que efectivamente Qualytel 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 Qualytel a Tele2, (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 Qualytel 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 Qualytel es mero encargado del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tratamiento de los datos y que, por tanto, Qualytel 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 Qualytel 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 los 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

al operador por cuenta del cual presta sus servicios el verificador y no a Qualytel mientras mantenga su condición de encargado del tratamiento de los datos.

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

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

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

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

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

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

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 Tele2. Este operador es quien decide en lo relativo a la finalidad, contenido y uso del tratamiento de los mismos, actuando Qualytel como un mero encargado de verificar lo ya contratado entre el abonado y Tele2 y limitándose a comprobar su exactitud. Como consecuencia de lo anterior, no existe obligación por parte de Qualytel 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 de los apartados Cuarto a).3 de la Circular 1/2004 y valoración de las actuaciones practicadas.

Telefónica denuncia que el cuestionario utilizado por el verificador de Tele2 aporta una información absolutamente comercial utilizando el nombre de Tele2 insistentemente con tintes comerciales y publicitarios de los servicios que ofrece el operador y en concreto sobre la preselección global extralimitándose por tanto del objetivo que debe cumplir Qualytel. Literalmente el cuestionario presenta el siguiente párrafo: *“Tele2 le ofrece la modalidad de preselección global, que le permite realizar todas sus llamadas locales, provinciales, interprovinciales, de fijo a móvil e internacionales con Tele2 sin marcar ningún prefijo. Vd presta su consentimiento para que Tele2 realice las gestiones necesarias para preseleccionar el número o números indicados”*.

En este caso, según Telefónica, el posible incumplimiento de lo establecido en la Circular se concreta en que la Circular indica: *“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, ha de indicarse que en el contexto señalado esta Comisión no considera que la pregunta implique labor comercial o de marketing alguna prohibida por la Circular ni que con nombrar varias veces el nombre del operador, en este caso Tele2, se esté actuando en contra de la misma 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 Qualytel simplemente está detallando lo que incluye el tipo de preselección ofrecido por Tele2 y que es éste el operador que va a ofrecer el servicio, lo que dota de mayor garantía de consciencia al propio consentimiento otorgado por el abonado.

Por otra parte, debe reiterarse que al limitar la verificación por tercero a la tramitación de solicitudes de preselección global ante el operador de acceso, Tele2 no incumple lo establecido en la Circular por cuanto:

- (i) el operador tiene libertad de decidir qué oferta comercial de preasignación ofrece a los abonados (alguna o todas las modalidades posibles de preselección), y



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(ii) no existe precepto alguno que obligue al operador beneficiario 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, procede archivar la denuncia presentada por Telefónica, respecto a la inclusión en el cuestionario de la pregunta reseñada.

No obstante lo anterior, respecto al siguiente párrafo - *“Tele2 le ofrece la modalidad de preselección global, que le permite realizar todas sus llamadas locales, provinciales, interprovinciales, de fijo a móvil e internacionales con Tele2 sin marcar ningún prefijo. Vd presta su consentimiento para que Tele2 realice las gestiones necesarias para preseleccionar el número o números indicados”* - resulta necesario efectuar determinadas observaciones:

1ª.- se observa que el cuestionario no incorpora la posibilidad de que el cliente confirme la información facilitada por el verificador en la frase que se ha transcrito. En efecto, la primera frase de este párrafo es una oración afirmativa descriptiva del servicio que ofrece Tele2 tras la cual no se habilita un apartado específico para que el cliente confirme su contenido y su voluntad de contratación.

2ª.- se observa que mediante la última frase del párrafo es sólo el verificador el que expresa de un modo indubitado la prestación del consentimiento por parte del cliente para que el operador realice las gestiones necesarias para la tramitación de la solicitud de la preselección.

Así pues, resulta necesario que Tele2 modifique el párrafo de referencia a fin de incluir la posibilidad de que el cliente aporte o confirme expresamente la modalidad de preselección que desea y de incluir la prestación expresa del consentimiento por parte del cliente a que el operador realice las gestiones.

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

Telefónica denuncia que con la frase: *“Tele2 le ofrece la modalidad de preselección global, que le permite realizar todas sus llamadas locales, provinciales, interprovinciales, de fijo a móvil e internacionales con Tele2 sin marcar ningún prefijo. Vd presta su consentimiento para que Tele2 realice las gestiones necesarias para preseleccionar el número o números indicados”* se incumplen determinados preceptos de la Circular puesto que la elección ya la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

hizo el abonado al tratar con el agente comercial de Tele2 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)).

-“El verificador realiza una actividad que puede ser considerada como de promoción comercial del servicio de un operador”. (Apartado Quinto n)).

Para valorar la existencia de incumplimiento de los apartados indicados de la Circular se ha analizado el cuestionario presentado ante esta Comisión y 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 analizado el referido cuestionario aportado por Tele2, 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, Tele2 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.
- Sobre la presunta actuación comercial por parte de Qualytel proscrita en la Circular (apartado Quinto n)) al indicar en el cuestionario qué debe entenderse por preselección global, ha de señalarse que, en el contexto de todo el cuestionario, esta Comisión no considera que la frase utilizada



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en el cuestionario implique una labor de promoción comercial del servicio que ofrece Tele2 puesto que simplemente está detallando lo que incluye el tipo específico de preasignación que ofrece el operador mediante verificación verbal.

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

OCTAVO. Sobre el posible 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, Qualytel puede estar conculcando.

En concreto, Telefónica manifiesta: (i) la imposibilidad de conocer si se pagan incentivos según el resultado de la actividad realizada por Qualytel, (ii) la imposibilidad de saber si Qualytel 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)*
- *“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 Tele2 y Qualytel que ha sido aportado por las denunciadas no se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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:
- por una parte, de las diferentes escrituras notariales aportadas y debidamente inscritas en el Registro Mercantil de Madrid se desprende que (i) el objeto social de Qualytel no incluye la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, (ii) el capital social de Qualytel está suscrito por varias personas físicas y jurídicas y (iii) Qualytel es accionista mayoritaria de dos sociedades.
 - por otra parte, se ha verificado que en el Registro General de Operadores de esta Comisión ninguna de las entidades o personas físicas involucradas, según se ha indicado en el anterior punto, está inscrita como operador de comunicaciones electrónicas.

Por ello, tampoco existen indicios de que Qualytel esté incumpliendo el apartado e) del dispositivo tercero de la Circular.

- c) en cuanto a la prestación por parte del verificador a Tele2 de otros servicios distintos a la propia verificación, debe significarse que el clausulado del contrato no contiene referencia alguna al respecto. Analizadas también las escrituras de constitución y de elevación a público de acuerdos sociales aportados que están inscritas en el Registro Mercantil de Madrid se desprende que la sociedad tiene por objeto además de realizar actividades de verificación de la contratación verbal de servicios de telecomunicaciones otras actividades referidas a campañas de marketing y consultoría pero que no podrían generar por ello un incumplimiento de la Circular al no ser consideradas actividades de comunicaciones electrónicas. Por tanto, del contenido de las referidas escrituras y del contrato formalizado entre Tele2 y Qualytel, no existen indicios para considerar que Qualytel está 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 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*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Unico.- Archivar la denuncia formulada por Telefónica de España, S.A.U. contra Tele2 Telecommunication Services, S.L. y Qualytel Teleservices, S.A., 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