



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

### CERTIFICA:

Que en la Sesión del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 22 de septiembre de 2005, se ha adoptado el siguiente Acuerdo, en relación con el expediente RO 2004/1515:

**RESOLUCIÓN POR LA QUE SE PONE FIN AL PERIODO DE INFORMACIÓN PREVIA INICIADO CONTRA LAS ENTIDADES AFFINALIA, S.A. Y CONDUIT SOFTWARE LIMITED 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 16 de septiembre de 2004, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT), escrito presentado por las entidades Affinalia, S.A. (en adelante, Affinalia) y Conduit Limited comunicando que Affinalia había decidido iniciar el uso del apoderamiento 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 Conduit Limited. Se adjuntaron los cuestionarios que iban a ser utilizados por el verificador.

Con fecha 28 de septiembre de 2004, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión nuevo escrito suscrito por los representantes legales de las entidades Affinalia, S.A. y Conduit Software Limited (en adelante, Conduit) subsanando la información remitida en su anterior escrito y comunicando que el proveedor del servicio de verificador para Affinalia sería Conduit Software Limited.

**Segundo.-** Mediante escritos de fecha 13 de octubre, esta Comisión notificó a Affinalia y Conduit la apertura de un periodo de información previa con el fin de conocer con mayor detalle las circunstancias concretas del escrito presentado y, consecuentemente la conveniencia o no de iniciar el correspondiente



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

**Tercero.-** Mediante escrito de 13 de octubre de 2004, la CMT requirió a Conduit la siguiente información y documentación acreditativa:

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

Con fecha 29 de octubre de 2004, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por el representante legal de Conduit dando contestación al requerimiento evacuado por esta Comisión y aportando determinada documentación.

**Cuarto.-** Con fecha 3 de marzo de 2005, esta Comisión evacuó requerimiento a Affinalia para que le remitiera los cuestionarios utilizados por la entidad verificadora (habilitación, modificación e inhabilitación).

Con fecha 11 de marzo de 2005, Affinalia cumplimentó dicho requerimiento y notificó los cuestionarios solicitados.

**Quinto.-** 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*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*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.”*

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

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### **PRIMERO. 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 y la conveniencia de iniciar o no un procedimiento administrativo al respecto.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Cabe significar que el periodo de información previa que se ha iniciado por propia iniciativa tiene por objeto indagar las circunstancias concretas con las que Affinalia, Conduit y el operador beneficiario de la preselección van a solicitar al operador de acceso la tramitación de solicitudes de preselección previa aplicación del procedimiento de verificación establecido 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).

En concreto, deben analizarse las siguientes cuestiones a la luz de la documentación requerida y obtenida:

- Cumplimiento de la 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).
- Cumplimiento de la 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).
- Cumplimiento de los 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 Affinalia, 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



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 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:*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que los servicios a subcontratar se hayan previsto expresamente en la oferta o en el contrato celebrado entre el responsable del fichero y el encargado del tratamiento.
  - Que el contenido concreto del servicio subcontratado y la empresa subcontratista conste en la oferta o en el contrato.
  - Que el tratamiento de datos de carácter personal por parte del subcontratista se ajuste a las instrucciones del responsable del fichero.
- En cuanto a las medidas de seguridad que hayan de ser adoptadas por quienes realicen trabajos de tratamiento de datos por cuenta de tercero, habrán de ser, en principio, las mismas que las impuestas al responsable del fichero, tal y como se desprende de lo previsto en los artículos 9 y 12.2 de la LOPD.
- Por último, según el artículo 12.4 “en el caso de que el encargado del tratamiento destine los datos a otra finalidad, los comunique o los utilice incumpliendo las estipulaciones del contrato, será considerado, también, responsable del tratamiento, respondiendo de las infracciones en que hubiera incurrido personalmente”, siendo en consecuencia, de aplicación el régimen 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 el operador para el que distribuye servicios Affinalia y su verificador está formalizada mediante un contrato de prestación de servicios de verificación por tercero y que, además, existe una adhesión específica entre



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Affinalia y su verificador, habiéndose aportado ambos documentos en el presente expediente. En el contrato se declara que el operador es el responsable del fichero o del tratamiento de los datos y tal manifestación contractual está acompañada, además, de determinadas previsiones que llevan a concluir a esta Comisión que Conduit tiene la condición de encargado del tratamiento de los datos, tal y como ha determinado la APD. En concreto, analizado el referido contrato se observa que el mismo contiene determinadas previsiones que confirman tal condición, fundamentalmente se trata de cuestiones relativas a (i) los servicios que proporciona Conduit al distribuidor, (ii) el tratamiento, aplicación o fin al que el verificador destina los datos obtenidos, (iii) los compromisos de implantación de medidas de seguridad por parte de Conduit, y (iv) el destino de los datos obtenidos una vez cumplida la prestación de servicios que han pactado las entidades.

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

### **TERCERO. Sobre el cumplimiento del 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 Conduit respecto de la normativa aplicable sobre la protección de datos personales, esta Comisión solicitó a la Agencia Española de Protección de Datos informe sobre el siguiente aspecto:

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

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

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



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

En consecuencia, no procede incoar expediente sancionador al respecto.

### **CUARTO. Sobre el cumplimiento 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 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 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



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

datos del operador solicitante, en este caso BT. Este operador es quien decide en lo relativo a la finalidad, contenido y uso del tratamiento de los mismos, actuando Conduit como mero encargado de verificar lo ya contratado entre el abonado y el distribuidor de BT y limitándose a comprobar su exactitud. Como consecuencia de lo anterior, no existe obligación por parte de Conduit 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 el cumplimiento de los apartados Tercero. a), b), c), e) y f) de la Circular 1/2004 y valoración de las actuaciones practicadas.**

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 por los denunciados, se hacen las siguientes valoraciones:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que Conduit esté incumpliendo el apartado f) del dispositivo tercero de la Circular.

En consecuencia, no procede incoar expediente sancionador al respecto.

### **SEXTO. Sobre el cumplimiento del 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.**

Son dos las expresiones incluidas en los cuestionarios que han de analizarse entorno a los preceptos indicados en el título de este Fundamento:

En primer lugar, con la lectura de los cuestionarios aportados por la denunciada se observa la inclusión de la siguiente frase: *“Finalmente usted autoriza a Affinalia a que, con el objetivo de garantizarle siempre el mejor servicio, pueda realizar en un futuro todos los trámites necesarios para solicitar (...)”*

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

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

En segundo lugar, de la lectura de los cuestionarios aportados por la denunciada se observa que se utiliza la verificación por tercero para la tramitación de solicitudes de preselección global y de larga distancia y que el verificador explica qué se entiende por ambas modalidades.

Ante ello, debe analizarse si se produce un incumplimiento de 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). Asimismo, debe analizarse si el verificador realiza alguna actividad que pueda ser considerada como de promoción comercial del servicio del operador (apartado Quinto.n) de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la Circular) o si induce de forma activa a la contestación del abonado en determinado sentido durante el proceso de verificación (apartado Quinto I de la Circular).

Al respecto, por una parte, ha de indicarse que en el contexto señalado esta Comisión considera que la pregunta *“¿Podría confirmarme que usted desea la preselección? (GLOBAL, es decir para todas sus llamadas o LARGA DISTANCIA es decir para todas sus llamadas excepto las locales.”* no conlleva una labor comercial o de marketing alguna prohibida por la Circular ni induce activamente a ninguna contestación 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 que ha sido contratado con anterioridad, con la realización de esta pregunta Conduit simplemente está detallando lo que incluye el tipo de preselección ofrecido por el operador y contratado por el cliente, lo que dota de mayor garantía de consciencia al propio consentimiento otorgado por el abonado.

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

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

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

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

---

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



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*ofertas comerciales a los clientes, dentro de las modalidades establecidas a tal efecto por esta Comisión”.*

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

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

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

### **SÉPTIMO. Sobre el cumplimiento del 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 Affinalia a esta Comisión se observa que los referidos cuestionarios están cumpliendo con carácter general el contenido y orden determinado en la Circular.

No obstante resulta necesario que por parte de esta Comisión se analice el siguiente párrafo en el que el verificador recuerda al cliente su derecho de revocación: *“[...] en los próximos días usted recibirá de Affinalia la documentación de bienvenida que incluye los términos y condiciones del servicio contratado. Le informamos que dispone de 14 días, a partir de la fecha de envío de dicha documentación, para cancelar o modificar el presente contrato. En éste caso puede llamar al número de teléfono 901[ABMCDU]”*.

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



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1.- Apartado Cuarto.d) 3 de la Circular: en este punto se indica que, entre otros requisitos, para que BT pueda iniciar la tramitación de una solicitud con consentimiento verbal del abonado es necesario que Affinalia/BT haya remitido al cliente la confirmación documental del contrato telefónico conteniendo información sobre el derecho de revocación del abonado (procedimiento – al menos un número telefónico 901 - y plazo de ejercicio del derecho - 7 días hábiles tras haber recibido el abonado la confirmación documental de la actuación de la preselección efectuada -, sin incurrir en penalización ni gasto alguno para el abonado).

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

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

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

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

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

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



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

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

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

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

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

En efecto, 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 [...]”*.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

EL SECRETARIO

Vº Bº  
LA VICEPRESIDENTA

Jaime Almenar Belenguer

Elisa Robles Fraga