



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 1/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 12 de enero de 2006, se ha adoptado el siguiente Acuerdo, en relación con el expediente RO 2004/1867:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE PONE FIN AL PERIODO DE INFORMACIÓN PREVIA INICIADO RESPECTO DE LAS ENTIDADES SPANTEL 2000, S.A. Y CONDUIT SOFTWARE LIMITED PARA VALORAR EL CUMPLIMIENTO 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 19 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 Spantel 2000, S.A. (en adelante, Spantel) comunicando que 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 Software Limited (en adelante, Conduit). Se adjuntan los cuestionarios que van a ser utilizados por el verificador.

Segundo.- Mediante escritos de fecha 1 de diciembre de 2004, esta Comisión notificó a Spantel 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 procedimiento, significándoles expresamente la posibilidad de que pudieran efectuar las alegaciones que estimasen convenientes.

Tercero.- Mediante escrito de 1 de diciembre de 2004, esta Comisión requirió a Spantel la siguiente información y documentación acreditativa:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *Domicilio social y domicilio a efectos de notificaciones completos de la entidad CONDUITSOFTWARE LIMITED*
- *Representante legal de la entidad CONDUIT SOFTWARE LIMITED*
- *C.I.F. de la entidad CONDUIT SOFTWARE LIMITED*

Con fecha 14 de diciembre de 2004, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Spantel mediante el cual cumplimenta el requerimiento evacuado por la CMT y remite la información solicitada.

Cuarto.- Mediante escrito de 1 de diciembre de 2004, también se 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*
- *Composición accionarial actual de la entidad CONDUIT SOFTWARE LIMITED*
- *Ubicación geográfica de la prestación del servicio de verificación por terceros*
- *Contratos o acuerdos suscritos con la entidad Spantel, en especial, el formalizado para la prestación del servicio de verificación por terceros*
- *Carta 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 16 de diciembre de 2004, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Conduit mediante el que cumplimenta el requerimiento evacuado por la CMT.

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

b) La adecuación o no al Capítulo II de la LOPD –disposiciones relativas a la creación, notificación e inscripción registral de ficheros automatizados- por



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

Séptimo.- Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 20 de septiembre de 2005, se evacuó nuevo requerimiento a Spantel sobre determinada información y documentación acreditativa.

Octavo.- Con fecha 29 de septiembre de 2005, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Spantel en respuesta al requerimiento evacuado por la CMT en el cual indica que el mismo no ha llegado a utilizar el mecanismo de verificación por terceros y que tras unas pruebas iniciales ha decidido no utilizarlo. Spantel añade que Conduit no ha llegado nunca a prestar servicios de verificación para Spantel y que éste ha decidido no hacer uso del procedimiento de verificación por tercero puesto que su base de clientes principal son clientes extranjeros y, por ahora, la Circular no permite consentimientos en otros idiomas.

Noveno.- Mediante escrito del Secretario de esta Comisión, con fecha 31 de octubre de 2005 se le reiteró requerimiento de nuevo a Spantel sobre la información detallada en el anterior apartado séptimo.

Décimo.- Del mismo modo, mediante escrito de fecha 31 de octubre de 2005 del Secretario se le requirió a Conduit determinada información.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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, incluido 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 (en adelante, 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.

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 Spantel, operador beneficiario de la preselección, va 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).

SEGUNDO. Archivo de las actuaciones previas.

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 aun más importancia en el caso de los procedimientos sancionadores por cuanto éstos inciden directamente en el ámbito de la persona imputada.

Además, ha de tenerse en cuenta que las diligencias previas a la eventual apertura de un procedimiento son de carácter facultativo y no constituyen ni forman parte del procedimiento propiamente dicho, sino que aparecen como un antecedente del mismo cuya omisión no constituye vicio de procedimiento alguno.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el supuesto que nos ocupa, Spantel manifiesta no haber llegado a utilizar el mecanismo de verificación por terceros para tramitar preselecciones. En efecto, este operador indica que después de unas pruebas iniciales, Spantel ha decidido no hacer uso del mecanismo de verificación por tercero. Todo ello evidencia la falta de existencia de indicios razonables de la concurrencia de hechos constitutivos de una posible infracción tipificada por la Ley, dado que no Spantel no ha llegado a iniciar la tramitación de ninguna solicitud de preselección (habilitación, modificación o inhabilitación) ante el operador de acceso.

En definitiva, el ejercicio efectivo de la potestad sancionadora precisa de unos hechos constitutivos de infracción que en el presente caso - dada la inactividad de Spantel - no concurren, por lo que procede archivar la presente información previa.

No obstante lo anterior, esta Comisión estima conveniente analizar la documentación que obra en el expediente a los efectos de determinar qué cuestiones han de ser modificadas para el caso de que Spantel decida tramitar solicitudes de preselección previo consentimiento verbal del abonado verificado por terceros.

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

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

TERCERO.- Relación jurídica existente entre Spantel y Conduit.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ante todo debe significarse que Spantel comunica que los servicios de verificación de Conduit se prestan al amparo de un contrato firmado entre otro operador y Conduit y que únicamente para el cumplimiento de las obligaciones en materia de protección de datos, Conduit y Spantel han suscrito un Acuerdo relativo a las obligaciones en materia de protección de datos en la prestación del servicio de verificación por terceros.

[CONFIDENCIAL]

Por otra parte, debe significarse que el operador beneficiario de la preselección no ha de asumir únicamente el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de la normativa de protección de datos. En efecto, tal y como establece la propia Circular 1/2004, es exigible a Spantel, en su condición de operador beneficiario de la preselección, el previo cumplimiento de una serie de obligaciones y requisitos a la hora de tramitar una solicitud de preselección ante el operador de acceso, sin que en ningún caso pueda inhibirse de tal cumplimiento aduciendo la presencia de un tercer operador.

En este sentido, esta Comisión considera que, con independencia de que se pueda celebrar un acuerdo marco en el que participen terceros, sin embargo resulta necesario que al menos el operador beneficiario, Spantel, mantenga directamente con el verificador una relación jurídica en la que se refleje que el verificador presta los servicios de verificación a Spantel. Asimismo, dicha relación debe reflejar que el verificador procede al tratamiento de los datos referidos al abonado que solicita el cambio de operador en nombre y por cuenta de Spantel, quien ya habrá recopilado y tratado dichos datos, limitándose la función del verificador a comprobar su exactitud.

Por ello, para el caso de que Spantel pretenda en un futuro tramitar solicitudes de verificación previa obtención del consentimiento verbal de sus abonados necesariamente ha de mantener con el verificador una relación jurídica por escrito en la que se recojan los términos prescritos en el artículo 12 de la LOPD y en la que, además, bien directamente o por adhesión, Spantel se arroge los derechos y obligaciones dimanantes de su posición de “arrendador de servicios” frente al verificador de tal forma que sea él quien pueda exigir al verificador el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asume en su condición de prestador de servicios de verificación.

CUARTO. 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Spantel, 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 al considerarse 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 prestan al operador beneficiario de la preselección 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, 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*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tratamiento, al igual que cualquier soporte o documentos en que conste algún dato de carácter personal objeto del tratamiento”.

- *En lo referente a la cesión de los datos, de lo establecido en el artículo 12.2 se desprende que no procederá esa cesión, de forma que los datos habrán de ser entregados única y exclusivamente al responsable del fichero. La APD ha considerado que será posible la subcontratación de estos servicios siempre y cuando se especifiquen los siguientes requisitos acumulativos, que deberán figurar en el contrato:*
 - *Que los servicios a subcontratar se hayan previsto expresamente en la oferta o en el contrato celebrado entre el responsable del fichero y el encargado del tratamiento.*
 - *Que el contenido concreto del servicio subcontratado y la empresa subcontratista conste en la oferta o en el contrato.*
 - *Que el tratamiento de datos de carácter personal por parte del subcontratista se ajuste a las instrucciones del responsable del fichero.*
- *En cuanto a las medidas de seguridad que hayan de ser adoptadas por quienes realicen trabajos de tratamiento de datos por cuenta de tercero, habrán de ser, en principio, las mismas que las impuestas al responsable del fichero, tal y como se desprende de lo previsto en los artículos 9 y 12.2 de la LOPD.*
- *Por último, según el artículo 12.4 “en el caso de que el encargado del tratamiento destine los datos a otra finalidad, los comunique o los utilice incumpliendo las estipulaciones del contrato, será considerado, también, responsable del tratamiento, respondiendo de las infracciones en que hubiera incurrido personalmente”, siendo en consecuencia, de aplicación el régimen 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 existe un Acuerdo relativo a obligaciones en materia de protección de datos en la prestación del servicio de verificación entre Spantel y su verificador, habiéndose aportado dicho documento en el presente expediente. En el Acuerdo de protección de datos se declara que Spantel es el titular exclusivo de los archivos que contienen los datos personales de sus clientes 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 Acuerdo 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 a Spantel, (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, 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.

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

En lo referente a la adecuación del cuestionario utilizado por la entidad verificadora 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.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 por Spantel 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.

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

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

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

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

“Por otra, la obligación de notificar los tratamientos a fin de proceder a su inscripción en el Registro General de Protección de Datos corresponde al



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 Spantel. 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 Spantel y limitándose a comprobar su exactitud. Como consecuencia de lo anterior, en las condiciones observadas por esta Comisión en este expediente, 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.

SÉPTIMO. Sobre 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)*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Una vez analizados los documentos aportados en este expediente, se hacen las siguientes valoraciones:

- a) En cuanto al grupo económico al que pertenece el verificador, debe señalarse que de la escritura de constitución y estatutos sociales de la entidad verificadora y de la declaración firmada por su administrador 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 Spantel en el sentido requerido a los efectos indicados. Por tanto, no existen indicios de que ambas entidades (verificador y su socio único) formen parte del grupo económico al que pertenece el operador solicitante del cambio de preselección.
- b) En cuanto a la prestación por parte del verificador de servicios de comunicaciones electrónicas directamente o mediante la participación en empresas prestadoras 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. Asimismo, el verificador manifiesta que únicamente es titular de acciones de una entidad que no es prestadora de servicios de comunicaciones electrónicas.
- c) En cuanto a la prestación por parte del verificador a Spantel de otros servicios distintos a la propia verificación, debe significarse que, tal y como se ha indicado con anterioridad, el Acuerdo suscrito entre Spantel y Conduit no recoge ningún tipo de previsión ajena al tratamiento de datos personales y, por tanto, tampoco contiene referencia alguna al respecto. En todo caso, resultaría necesario que entre ambas entidades existiera formalmente una sujeción al compromiso a no incumplir el apartado f) del dispositivo tercero de la Circular.
- d) En cuanto a las retribuciones recibidas por el verificador y la imposibilidad de que disfrute incentivos por verificación positiva, señalar que ante la falta de previsión contractual alguna entre Spantel y Conduit, ha de indicarse que resulta necesario que ambas entidades se sujeten al cumplimiento de lo establecido en el apartado b) del dispositivo Tercero de la Circular en cuanto a las condiciones retributivas para la provisión de servicios de verificación por terceros.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- e) En cuanto a la ubicación en la que el verificador desarrolla su actividad, señalar que ante la falta de previsión contractual alguna entre Spantel y Conduit, ha de indicarse que resulta necesario que ambas entidades se sujeten al cumplimiento de lo establecido en el apartado c) del dispositivo Tercero de la Circular.

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

Spantel ha aportado tres cuestionarios sobre los cuales conviene hacer ciertas aclaraciones.

El primero de ellos, parece ser el modelo de inhabilitación de la preselección por cuanto incorpora las siguientes preguntas: *“¿me confirma, por favor, que usted desea cancelar la preselección de sus líneas?, ¿puede facilitarme el número/s que desea cancelar?”*. Sin embargo, se observa un error en el primer párrafo de este cuestionario al indicar *“su llamada ha sido transferida por Spantel para confirmar que usted desea habilitar la preselección de sus líneas...”*. Por lo anterior resulta necesario que, si se trata realmente del cuestionario de inhabilitación, se modifique el primer párrafo aclarando esta circunstancia.

Igualmente, 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 examinarse si el verificador realiza alguna actividad que pueda ser considerada como de promoción comercial del servicio del operador (apartado Quinto.n) de 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 *“¿Me confirma por favor que usted desea la preselección a) 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 tal y como se ha indicado en anteriores apartados, 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, para el caso de que Spantel decida tramitar solicitudes de preselección ante el operador de acceso previa obtención del consentimiento verbal del abonado, debería modificarse la explicación de estas dos modalidades, adecuándola de forma indubitada a lo prescrito en la citada Circular 1/2001 de la CMT.

Por otra parte, debe significarse que 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 Comisión¹, *“la selección llamada a llamada y la preselección son facilidades que los operadores de redes telefónicas fijas dominantes tienen obligación de ofrecer a otros operadores. No obstante, los operadores que a través de selección o preselección ofrezcan servicios de acceso indirecto mediante el transporte de llamadas en interconexión tendrán total libertad para conformar sus ofertas comerciales a los clientes, dentro de las modalidades establecidas a tal efecto por esta Comisión”*.

Es decir, 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

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 limitar la verificación por tercero a la tramitación de solicitudes de preselección global o de larga distancia ante el operador de acceso no vulnera lo establecido en la Circular 1/2004.

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

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

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

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

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

Al respecto ha de indicarse que el Anexo I “Cuestionarios de verificación” de la Circular 1/2004 señala, en cada uno de los tipos de tramitación (habilitación, modificación de modalidad o inhabilitación), que debe solicitarse al cliente que *“aporte o confirme la siguiente información [...]”*.

De este modo resulta evidente que la verificación de los datos por parte de la entidad verificadora tiene por objeto comprobar la veracidad de los datos que ya han sido facilitados con anterioridad al propio operador Spantel 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

conlleve por parte del verificador la realización de una actividad que pueda ser considerada como de promoción comercial del servicio del operador (apartado Quinto.n) de la Circular) ni tampoco induce de forma activa a la contestación del abonado en determinado sentido (apartado Quinto.l) de la Circular).

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Único.- Archivar la presente información previa, abierta para valorar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Circular 1/04, por no haber indicios de contravención de la Circular 1/2004.

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

Vº Bº EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Reinaldo Rodríguez Illera

Jaime Almenar Belenguer



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ANEXO I [CONFIDENCIAL]