



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 nº 01/06 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 2004/1501:

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 REDES Y SERVICIOS LIBERALIZADOS, S.A. Y EUROPEAN FILING SOLUTIONS, S.L. Y AVANTELCO IBERIAN, S.L. SOBRE POSIBLE INCUMPLIMIENTO DE LA CIRCULAR 1/2004, DE 27 DE MAYO, DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES, POR LA QUE SE INTRODUCE EL CONSENTIMIENTO VERBAL CON VERIFICACIÓN POR TERCERO EN LAS TRAMITACIONES DE PRESELECCIÓN DE OPERADOR.

HECHOS

Primero.- Con fecha 18 de agosto de 2004, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT), escrito presentado por la entidad Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica).

En dicho escrito se denuncia a las entidades Redes y Servicios Liberalizados, S.A. (en adelante, RSL) y European Filing Solutions, S.L. (en adelante, European) y. Avantelco Iberian, S.L., antes Servicios Avanzados de Telefonía, S.L. y Filofon Spain, S.L., (en adelante, Avantelco) por tener fundadas sospechas de que estas dos últimas entidades no cumplen los requisitos establecidos en la Circular 1/2004, exponiendo que:

- El 12 de julio de 2004 Telefónica interpuso recurso de reposición contra la Circular 1/2004 y en fecha 11 de junio de 2004 formuló consulta ante la CMT, consulta que amplió posteriormente mediante escritos presentados los días 23 y 29 de julio de 2004.
- Resultan claros los aspectos recogidos en los apartados Tercero (requisitos que deben cumplir las entidades verificadoras), Cuarto



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(requisitos para tramitar las solicitudes de preselección con consentimiento verbal) y Quinto (supuestos de verificación negativa) de la Circular 1/2004

- Telefónica denuncia el incumplimiento del apartado Tercero.d) de la Circular 1/2004, en relación con el incumplimiento del (i) artículo 5 de la LOPD, por cuanto el cuestionario aportado por los denunciados no respeta el derecho de información expreso, preciso e inequívoco de la existencia de un fichero o del tratamiento de los datos, de la finalidad de su recogida así como de la identidad y dirección del responsable del tratamiento y (ii) capítulo II de la LOPD, por cuanto no se han respetado las disposiciones relativas a la creación, notificación e inscripción registral de ficheros automatizados
- Se incumple el apartado octavo de la Circular 1/2004 por cuanto es insuficiente la comunicación de RSL a Telefónica sobre la identidad del verificador y deberían facilitarse algunos datos adicionales (CIF, domicilio social, ..)
- Los cuestionarios remitidos por RSL no siguen el orden establecido en la Circular, tal y como exige el apartado Quinto.k) de la Circular.
- En los cuestionarios se opta por la confirmación de los datos de los que ya dispone la entidad verificadora, incumpliendo los apartados Quinto.l) de la Circular al estar induciendo a la respuesta y Quinto.n) por estar realizando una actuación comercial.
- Ante la falta de datos, no se puede confirmar el cumplimiento de las disposiciones de la Circular sobre los requisitos que deben cumplir las entidades verificadoras (extralimitación de la relación contractual, pagos por incentivos, participación en empresas de comunicaciones electrónicas, actividad de comunicaciones electrónicas,..). Por ello, debería existir un Registro de entidades habilitadas para la verificación del consentimiento verbal en las tramitaciones de preselección o, en su defecto, una habilitación que redundara en la seguridad jurídica de los clientes y los operadores.
- En virtud del artículo 51.c) de la LGTel, las entidades de verificación pueden ser responsables de infracciones (artículos 54.q) y 55.e) de la LGTel) si se constata su incumplimiento de la Circular 1/2004
- Los incumplimientos detectados podrían causar graves perjuicios a los clientes (afectados por los fraudes) y a Telefónica (estar obligada a admitir solicitudes de preselección tramitadas por RSL, aún cuando este operador utiliza un cuestionario deficiente)
- Para evitar que Telefónica y los clientes soporten las consecuencias de las actuaciones y procedimientos contrarios a derecho detectados, se solicita la adopción de medidas cautelares para que las entidades denunciadas se abstengan de actuar en el ámbito de la Circular 1/2004.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telefónica adjunta la carta que ha recibido de RSL comunicándole la utilización de las entidades de verificación European Filing Solutions, S.L. y Filofon Spain, S.L. (ahora, Avantelco Iberian, S.L.) y adjuntándole los cuestionarios a utilizar.

Segundo.- Mediante escrito de fecha 21 de septiembre y 7 de octubre de 2004, esta Comisión notificó a Telefónica, RSL, European y Avantelco 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 fecha 22 de septiembre de 2004, esta Comisión evacuó requerimiento a RSL para que remitiera determinada información relativa a las entidades verificadoras.

Con fecha 6 de octubre de 2004, RSL cumplimentó dicho requerimiento y notificó el cambio de denominación social de una de las entidades verificadoras.

Cuarto.- Mediante escrito de 8 de octubre de 2004, esta Comisión requirió a Avantelco la siguiente información y documentación acreditativa:

- *Estatutos sociales de la entidad Servicios Avanzados de Telefonía, S.L., incluyendo expresamente el objeto social, órgano de administración y mayorías requeridas para la adopción de decisiones de la citada entidad y de su órgano de administración*
- *Composición y designación del actual Órgano de administración de la entidad Servicios Avanzados de Telefonía, S.L.*
- *Composición accionarial actual de la entidad Servicios Avanzados de Telefonía, S.L.*
- *Ubicación geográfica de la prestación del servicio de verificación por terceros*
- *Contratos o acuerdos suscritos con la entidad Redes y Servicios Liberalizados, 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 Servicios Avanzados de Telefonía, S.L.*
- *Actuaciones practicadas por Servicios Avanzados de Telefonía, S.L. relativas a la protección de datos, en cuanto a la práctica del servicio de verificación por terceros*

Con fecha 29 de noviembre de 2004, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Avantelco mediante el que cumplimenta el requerimiento evacuado por la CMT.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Quinto.- Mediante escrito de 8 de octubre de 2004, esta Comisión requirió a European la siguiente información y documentación acreditativa:

- *Estatutos sociales de la entidad European Filing Solutions, S.L., incluyendo expresamente el objeto social, órgano de administración y mayorías requeridas para la adopción de decisiones de la citada entidad y de su órgano de administración*
- *Composición y designación del actual Órgano de administración de la entidad European Filing Solutions, S.L.*
- *Composición accionarial actual de la entidad European Filing Solutions, S.L.*
- *Ubicación geográfica de la prestación del servicio de verificación por terceros*
- *Contratos o acuerdos suscritos con la entidad REDES Y SERVICIOS LIBERALIZADOS, 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 European Filing Solutions, S.L.*
- *Actuaciones practicadas por European Filing Solutions, S.L. relativas a la protección de datos, en cuanto a la práctica del servicio de verificación por terceros*

Con fecha 3 de noviembre de 2004, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de European mediante el que cumplimenta el requerimiento evacuado por la CMT.

Sexto.- Con fecha 4 de noviembre de 2004, tiene entrada en el Registro de esta Comisión nuevo escrito de Telefónica, manifestando que:

- RSL le ha notificado el cambio de denominación social de Filofón Spain, S.L. y se desconoce si este cambio implica un cambio de entidad verificadora
- RSL continua sin comunicarle los restantes datos identificativos de las entidades verificadoras
- Desconoce si RSL tiene previsto realizar cambios en los cuestionarios

Séptimo.- Con fecha 22 de octubre de 2004, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de RSL mediante el que solicita que la CMT dicte Resolución sobre la improcedencia de incoar procedimiento sancionador contra RSL y las entidades verificadoras y de dictar medidas cautelares, acordando el archivo de las actuaciones, en virtud de las siguientes alegaciones:

- La preasignación se ha visto retrasada como consecuencia de sucesivos incumplimientos de la normativa sectorial por parte de Telefónica y una estrategia de Telefónica consistente en generar dudas sobre la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

preselección (la seguridad de las comunicaciones se resiente y la actuación de los operadores alternativos es dudosa)

- En el mecanismo de verificación, la CMT está incorporando flexibilidad y no arbitrariedad porque (i) existe base legal para la adopción de las medidas, (ii) permite la habilitación, modificación e inhabilitación y (iii) establece la responsabilidad del operador frente a la Administración de la existencia de válido consentimiento previo del abonado.
- La función de supervisión y control del cumplimiento de la Circular no corresponde a Telefónica sino a la CMT.
- Telefónica no aporta ningún tipo de prueba que permita desvirtuar la presunción de inocencia sino que plantea supuestos incumplimientos no probados y que carecen de fundamento
- Las entidades verificadoras no recaban datos sino que se limitan a confirmar la información imprescindible para la contratación del servicio de preselección elegido por el abonado
- La simple lectura de los cuestionarios de RSL desvirtúan las alegaciones de Telefónica ya que: (i) siguen el orden establecido en la Circular, y (ii) no inducen a la contestación del interesado en un determinado sentido

Octavo.- El 14 de enero de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de RSL comunicando el cambio de cuestionarios.

Noveno.- Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 17 de marzo de 2005, se solicitó a la Agencia Española de Protección de Datos informe en relación con la adecuación o no a la legislación de protección de datos personales de los siguientes aspectos:

- a) la adecuación o no de los cuestionarios utilizados por las entidades verificadoras al artículo 5 de la LOPD, en cuanto a la falta de información expresa, precisa e inequívoca de la existencia de un fichero o del tratamiento de los datos, de la finalidad de su recogida así como de la identidad y dirección del responsable del tratamiento.
- b) La adecuación o no al Capítulo II de la LOPD –disposiciones relativas a la creación, notificación e inscripción registral de ficheros automatizados- por parte de las entidades verificadoras que no han inscrito fichero alguno correspondiente a su actividad verificadora.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Undécimo.- El 12 de julio de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de RSL comunicando el cambio de denominación social de una de las entidades verificadoras que le presta los servicios de verificación.

Duodécimo.- Mediante escrito de 22 de septiembre de 2005, esta Comisión requirió a RSL la siguiente información y documentación acreditativa:

- *Escrituras societarias de RSL incluyendo expresamente órgano de administración y mayorías requeridas para la adopción de decisiones de la citada entidad y de su órgano de administración*
- *Composición y designación actual del Órgano de administración de la entidad RSL*
- *Composición accionarial actual de la entidad RSL*
- *Cartera de acciones o participaciones sociales en otras entidades que ostenta de RSL.*

Con fecha 11 de octubre de 2005, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de RSL mediante el que se cumplimenta el requerimiento evacuado por la CMT.

Decimotercero.- Mediante escrito de fecha 22 de septiembre de 2005, esta Comisión requirió a BASA HOLDING IBERIA, S.L. (antes, Mediafón Telecomunicaciones, S.L.) la siguiente información y documentación acreditativa:

- *Escrituras societarias de MEDIAFÓN TELECOMUNICACIONES ESPAÑA, S.L. (ahora Basa Holding Iberia, S.L.) incluyendo expresamente órgano de administración y mayorías requeridas para la adopción de decisiones de la citada entidad y de su órgano de administración*
- *Composición y designación actual del Órgano de administración de la entidad Basa Holding Iberia, S.L.*
- *Acuerdos celebrados respecto del uso y mayorías de derechos de voto en entidades, tanto por parte de los socios de Basa Holding Iberia, S.L. como por parte de esta entidad.*
- *Composición accionarial actual de la entidad Basa Holding Iberia, S.L.*
- *Cartera de acciones o participaciones sociales en otras entidades que ostenta Basa Holding Iberia, S.L.*

Con fecha 11 de octubre de 2005, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Basa Holding Iberia, S.L. (en adelante, Basa Holding) mediante el que cumplimenta el requerimiento evacuado por la CMT.

Decimocuarto.- Con fecha 11 de octubre de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de de la entidad Basa Holding por el cual solicita se proceda a la modificación en el Registro de esta Comisión de los datos inscritos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

relativos a la denominación social, domicilio y representación de la sociedad Mediafón.

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 incumplimiento de los requisitos establecidos en la Circular 1/2004 de esta Comisión por parte de RSL y de las entidades verificadoras Avantelco y European.

Pese a que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) establece que la denuncia es una de las formas de provocar el acuerdo de inicio de oficio de un procedimiento administrativo, sin embargo, no recoge una definición concreta de lo que debe entenderse por "denuncia".

A este respecto, según definición dada por la Real Academia Española, debe entenderse por denuncia *"noticia que de palabra o por escrito se da a la autoridad competente de haberse cometido algún delito o falta"*. Asimismo el artículo 11 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, aplicable únicamente a los procedimientos sancionadores tramitados, determina que:

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

d) Denuncia: El acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera constituir infracción administrativa".

En el escrito suscrito por Telefónica que ha sido presentado ante esta Comisión, se alude a que (i) se incumple el apartado Tercero.d) de la Circular en relación con el incumplimiento de la normativa de protección de datos, (ii) se incumple el apartado Octavo de la Circular debido a la insuficiencia de información comunicada por RSL a Telefónica respecto del verificador, (ii) se incumple el apartado Quinto.k) de la Circular por cuanto los cuestionarios no siguen el orden establecido, (iii) se incumplen los apartados Quinto.l) y n) de la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Circular, por cuanto con los cuestionarios se induce a la respuesta y se realiza una labor comercial y (iv) posiblemente se incumplen los apartados Tercero b), e) y f) de la Circular referidos a la percepción de incentivos, a la prestación de servicio de comunicaciones electrónicas.

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 por parte de RSL, operador de telecomunicaciones y European y Avantelco, verificadores independientes.

En atención a lo anterior, cabe significar que el contenido material del escrito presentado por la denunciante consiste en una reclamación relativa al:

- incumplimiento de la obligación de respetar la normativa de protección de datos por cuanto los cuestionarios no respetan el derecho de información expreso, preciso e inequívoco que exige el artículo 5 de la LOPD (apartado Tercero.d) de la Circular).
- incumplimiento de la obligación de respetar la normativa de protección de datos por cuanto el operador y 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 operador de comunicar a Telefónica la identidad del verificador (apartado Octavo de la Circular)
- incumplimiento del orden de los cuestionarios (apartado Quinto k) de la Circular)
- incumplimiento de la obligación del verificador de no realizar actuaciones comerciales ni inducir la respuesta (apartados Quinto l) y n) de la Circular)
- posible incumplimiento de las obligaciones del verificador de no prestar servicios de comunicaciones electrónicas ni tener mayoritariamente participaciones o acciones en ninguna de las empresas que actúan



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

como prestadoras de servicios de comunicaciones electrónicas o de no prestar servicios distintos a la verificación por tercero (apartados Tercero.e) y f) de la Circular), de no recibir incentivos por la verificación positiva (apartado Tercero.b) de la Circular)

TERCERO. Sobre la naturaleza jurídica del verificador a los efectos previstos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Antes de analizar las cuestiones denunciadas en relación con la normativa de protección de datos, es ineludible determinar cuál es el papel que desempeña el verificador independiente a la luz de la citada normativa.

Pues bien, dicha cuestión ha sido tratada por la Agencia Española de Protección de Datos en el Informe evacuado el 18 de mayo de 2005 que tuvo entrada el 30 del mismo mes en el Registro de esta Comisión por considerar que resultaba necesario estudiar como punto de partida si las entidades verificadoras son responsables del tratamiento realizado o únicamente ostentan la condición de encargado del tratamiento que presta a aquél un servicio consistente en la verificación de la solicitud por el abonado del cambio de operador.

Según lo dispuesto en los apartados d) y g) del artículo 3 de la LOPD, la condición de responsable o encargado del tratamiento dependerá de la capacidad de decisión de uno u otro sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento efectuado. De este modo, mientras el responsable, dentro del ámbito que haya consentido el interesado podrá decidir sobre dicho tratamiento, sin embargo, el encargado se limitará a prestar a aquél un servicio relacionado con dicho tratamiento.

Según la APD, parece desprenderse de la Circular 1/2004 que, *“al margen de los diversos requisitos exigidos al verificador independiente (no pertenencia al Grupo del operador, encontrarse en una ubicación distinta del mismo, no prestación de otros servicios de comunicaciones electrónicas), la misma tiene por finalidad la prestación de un servicio, probablemente retribuido, al operador solicitante del cambio, comprobando la veracidad de los datos que, en principio, han sido facilitados al propio operador por el abonado que solicita el cambio de operador.*

En consecuencia, debe considerarse que el verificador no es sino un encargado del tratamiento del operador solicitante del cambio, debiendo encontrarse la relación jurídica que vincula a ambos sometida a lo dispuesto en el artículo 12 de la LOPD, cuyo régimen se caracteriza por las siguientes notas:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *En lo que atañe a los requisitos formales, el artículo 12.2 impone que “la realización de tratamientos por cuenta de terceros deberá estar regulada en un contrato que deberá constar por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido, estableciéndose expresamente que el encargado del tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, que no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en dicho contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas”.*
- *Por lo que respecta al periodo de conservación de los datos, el artículo 12.3 establece que “una vez cumplida la prestación contractual, los datos de carácter personal deberán ser destruidos o devueltos al responsable del tratamiento, al igual que cualquier soporte o documentos en que conste algún dato de carácter personal objeto del tratamiento”.*
- *En lo referente a la cesión de los datos, de lo establecido en el artículo 12.2 se desprende que no procederá esa cesión, de forma que los datos habrán de ser entregados única y exclusivamente al responsable del fichero. La APD ha considerado que será posible la subcontratación de estos servicios siempre y cuando se especifiquen los siguientes requisitos acumulativos, que deberán figurar en el contrato:*
 - *Que los servicios a subcontratar se hayan previsto expresamente en la oferta o en el contrato celebrado entre el responsable del fichero y el encargado del tratamiento.*
 - *Que el contenido concreto del servicio subcontratado y la empresa subcontratista conste en la oferta o en el contrato.*
 - *Que el tratamiento de datos de carácter personal por parte del subcontratista se ajuste a las instrucciones del responsable del fichero.*
- *En cuanto a las medidas de seguridad que hayan de ser adoptadas por quienes realicen trabajos de tratamiento de datos por cuenta de tercero, habrán de ser, en principio, las mismas que las impuestas al responsable del fichero, tal y como se desprende de lo previsto en los artículos 9 y 12.2 de la LOPD.*
- *Por último, según el artículo 12.4 “en el caso de que el encargado del tratamiento destine los datos a otra finalidad, los comunique o los utilice incumpliendo las estipulaciones del contrato, será considerado, también, responsable del tratamiento, respondiendo de las infracciones en que hubiera 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.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 RSL y sus verificadores (European y Avantelco) está formalizada mediante contratos de prestación de servicios que se han aportado en el presente expediente, en los cuales se declara que RSL es el responsable del fichero o del tratamiento de los datos y que European y Avantelco son los encargados de los mismos. Tales manifestaciones contractuales están acompañadas, además, de determinadas previsiones que llevan a concluir a esta Comisión que efectivamente European y Avantelco tienen tal condición de encargados del tratamiento de los datos, tal y como ha determinado la APD. En concreto, analizados los referidos contratos se observa que los mismos contienen determinadas previsiones que confirman tal condición, fundamentalmente se trata de cuestiones relativas a (i) los servicios que proporcionan European y Avantelco a RSL, (ii) el tratamiento, aplicación o fin al que los verificadores destinan los datos obtenidos, (iii) los compromisos de implantación de medidas de seguridad por parte de European y Avantelco, 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 European y Avantelco son meros encargados del tratamiento de los datos y que, por tanto, European y Avantelco no están obligados 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 las entidades verificadoras European y Avantelco 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 al operador por cuenta del cual presta sus servicios el verificador y no a European o a Avantelco mientras mantengan su condición de encargados del tratamiento de los datos.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 informado por la APD, la entidad verificadora actúa solamente como encargada del tratamiento de los datos del operador solicitante, en este caso RSL. Este operador es quien decide en lo relativo a la finalidad, contenido y uso del tratamiento de los mismos, actuando European y Avantelco como meros encargados de verificar lo ya contratado entre el abonado y RSL y limitándose a comprobar su exactitud. Como consecuencia de lo anterior, no existe obligación por parte de European y Avantelco de proceder a la inscripción de los ficheros en el Registro General de Protección de Datos, mientras mantengan su condición de encargados del tratamiento de datos.

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

SEXTO. Sobre el incumplimiento de los apartados Tercero. b) y f) de la Circular 1/2004 y valoración de las actuaciones practicadas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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, European y Avantelco pueden estar conculcando.

En concreto, Telefónica manifiesta: (i) la imposibilidad de conocer si se pagan incentivos según el resultado de la actividad realizada por European y Avantelco, (ii) la imposibilidad de saber si European o Avantelco se dedican a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, y (iii) la imposibilidad de conocer si los verificadores tienen 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 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 los verificadores y la imposibilidad de que disfruten incentivos por verificación positiva, señalar que de los contratos para la provisión de servicios de verificación por terceros suscritos entre RSL, European y Avantelco que han sido aportados por las denunciadas no se desprende ningún incumplimiento del apartado b) del dispositivo Tercero de la Circular.
- b) en cuanto a la prestación por parte del verificador a RSL de otros servicios distintos a la propia verificación, debe significarse que el clausulado de los contratos no contiene referencia alguna al respecto. Por tanto, del contenido de los contratos formalizados entre RSL y European y Avantelco y a falta de cualquier otra documentación que acredite la prestación de servicios distintos por parte de European o Avantelco a RSL, no existen indicios de que European o Avantelco estén incumpliendo el apartado f) del dispositivo tercero de la Circular.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Comisión por Telefónica mediante consulta. En la contestación a dicha consulta mediante Resolución de 2 de diciembre de 2004, la CMT ya indicó que *“la falta de un Registro Público no impide a Telefónica tener conocimiento de la información relativa a los verificadores. Por el contrario, en el Apartado octavo de la Circular se impone al operador beneficiario de la preselección –en su condición de responsable del cumplimiento de la Circular- la obligación de remitir información relativa a la entidad verificadora, tanto a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones como al operador de acceso”*.

Asimismo, corresponde reiterar de nuevo aquí que aunque la LGTel al regular la selección de operador no contiene previsión alguna acerca de la creación de este tipo de registro, sin embargo, al amparo del artículo 37 de la LRJPAC Telefónica podrá solicitar el acceso a la información que sobre la Circular 1/2004 obre en los archivos de esta Comisión, con excepción de los documentos protegidos por el secreto comercial o industrial.

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

SÉPTIMO. Sobre el incumplimiento de los apartados Quinto l) y n) de la Circular y valoración de las actuaciones practicadas.

Telefónica denuncia que en los cuestionarios utilizados por los verificadores de RSL se opta por la confirmación de los datos de los que ya disponen las entidades verificadoras, realizándose con ello una actuación comercial y una sugestión de la respuesta, circunstancias ambas que están prohibidas en la Circular

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

De este modo, resulta evidente que la verificación de los datos por parte de las entidades verificadoras tiene por objeto comprobar la veracidad de los datos que, con anterioridad, estos datos ya han sido facilitados al propio operador (RSL) 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.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- (i) No conlleva por parte del verificador la realización de una actividad que pueda ser considerada como de promoción comercial del servicio del operador (apartado Quinto.n) de la Circular por cuanto que cuando el abonado es puesto en contacto con el verificador ya con anterioridad no sólo ha tenido que haber contratado el servicio, sino que, además, ha debido facilitar todos sus datos al operador. Esto es, no se aprecia que por parte del verificador se esté añadiendo un valor a lo que con anterioridad el operador ha ofrecido al cliente. Por el contrario, la verificación supone una mayor garantía de que efectivamente son correctos y reales los datos que en la tramitación de una determinada solicitud utiliza un operador frente al otro.
- (ii) No induce de forma activa a la contestación del abonado en determinado sentido (apartado Quinto.l) de la Circular), puesto que es de suponer que ha sido el abonado quien previamente ha facilitado esos mismos datos y, si así no hubiera sido, el abonado igualmente durante todo el proceso de verificación negará el consentimiento, máxime teniendo en cuenta que los cuestionarios no incluyen preguntas indirectas o negativas.

En el presente caso, los cuestionarios recogen válidamente la primera de las vías posibles, por lo que no procede incoar expediente sancionador.

No obstante lo anterior, y aún cuando no hay indicios de actividad infractora, se observa que en determinados casos el verificador efectúa afirmaciones sobre las que no solicita expresamente la confirmación del abonado.

Así, no se solicita expresa confirmación de la identificación completa de la persona con la que se habla ni tampoco de qué entidad es el operador de acceso ni de que el operador beneficiario realizará las gestiones necesarias para preseleccionar los números que el abonado ha indicado. Además, se observa que se comprime en una única pregunta la confirmación de varios datos (números telefónicos, operador beneficiario, tipo de preselección, etc... no viéndose beneficiadas, de este modo, la transparencia y la libertad de elección del abonado. Por tanto, aun cuando estas incidencias no pueden ser consideradas como incumplimientos de la citada Circular, las mismas deben ser subsanadas convenientemente.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telefónica indica que el cuestionario no se ajusta al orden establecido en la Circular. RSL, por su parte, indica que el orden sí es el establecido en el Anexo I de la Circular.

A estos efectos, ha de significarse que 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 analizado el cuestionario remitido por RSL a esta Comisión se observa que el referido cuestionario está cumpliendo el contenido y orden determinado en la Circular, aún cuando se observa que en algún momento se comprime la confirmación de datos, tal y como se ha indicado en el anterior Fundamento. En consecuencia, no procede incoar expediente sancionador al respecto aún cuando RSL sí debe subsanar las deficiencias detectadas.

NOVENO. Sobre el incumplimiento del apartado Octavo de la Circular 1/2004 y valoración de las actuaciones practicadas.

Telefónica denuncia el incumplimiento del apartado Octavo de la Circular 1/2004 por cuanto es insuficiente la comunicación de RSL a Telefónica sobre la identidad del verificador. Telefónica requiere que RSL le facilite algunos datos adicionales (CIF, domicilio social, etc...)

Pues bien, ciertamente la remisión por parte de RSL a Telefónica o a la CMT de la denominación social del verificador supone informar de la identidad del verificador por lo que no procede incoar expediente sancionador al respecto.

No obstante lo anterior, resulta razonable que se complete la identificación facilitada por RSL con la aportación de otros datos (por ejemplo, su CIF).

Por otra parte, contrariamente a lo que indica la denunciante, cuando RSL ha comunicado el cambio de denominación social de su entidad verificadora no cabe duda alguna de que RSL ha indicado que la entidad verificadora sigue siendo la misma sólo que ha modificado su denominación social, tal y como prevé la legislación mercantil vigente. Llegar a esta conclusión, y no a otra, es algo indubitado puesto que la circunstancia de un cambio de denominación social y lo que ello significa sí es de dominio público en el ámbito comercial en el que Telefónica desarrolla sus actividades y, por esta entidad, ha de ser conocido.

DÉCIMO.- Sobre el incumplimiento de los apartados Tercero a) y e) de la Circular 1/2004 y valoración de las actuaciones practicadas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El apartado Tercero de la Circular 1/2004 recoge, 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 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) [...]*

Como aparece en el Preámbulo de la Circular 1/2004, introducir el consentimiento verbal con verificación por tercero en las tramitaciones de preselección de operador tiene como objetivo incorporar una mayor flexibilidad en los trámites que un operador debe seguir para tramitar una solicitud de preselección. Por tanto, la implantación de la posibilidad de solicitar la preselección mediante consentimiento verbal con la verificación de un tercero independiente permite ampliar el abanico de formas de actuación de los operadores que deciden ofrecer la preselección del servicio telefónico disponible al público.

Sin embargo, no sólo se persigue obtener una mayor agilidad e inmediatez en el procedimiento de tramitación de preselecciones entre operadores, sino que también a la vez que se busca mantener la mayor objetividad y transparencia posible (velando por la protección de los derechos de los abonados que decidan cursar sus llamadas mediante la facilidad de preselección con consentimiento verbal).

Todo lo anterior se refleja en la Circular de continua referencia al intentar conseguir en el caso de la tramitación de solicitudes con consentimiento verbal del abonado las mismas garantías que si la tramitación se realizara por cualquier otro medio válido (por ejemplo, mediante el consentimiento escrito del abonado). Para ello, reiteradamente la Circular establece diferentes requisitos que deben cumplir los verificadores en relación con el operador beneficiario que decide ofrecer la preselección de abonado. Estos requisitos tienen por objeto conseguir la máxima seguridad jurídica para los abonados y que éstos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

puedan elegir entre ofrecer un consentimiento ya sea escrito o verbal sin que se vean mermados sus derechos dependiendo del tipo de consentimiento.

Entre los requisitos citados cabe destacar los establecidos en el apartado Tercero.a) y e) de la Circular 1/2004 según los cuales para que el operador solicitante de la preselección pueda iniciar la tramitación de una solicitud con consentimiento verbal del abonado, la entidad verificadora de dicho consentimiento (i) no ha de formar parte del mismo grupo económico de compañías que el operador beneficiario de la preselección ni estar participada por empresas de su grupo económico y (ii) no debe 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.

Al analizar todos los documentos recibidos (escrituras de constitución, escrituras públicas de declaración de cambio de socio único, escrituras de elevación de acuerdos sociales, contratos de verificación, inscripción, etc..) y la información obtenida a través del Registro Mercantil de Madrid y del Registro General de Operadores de la CMT¹, se observa lo siguiente en cuanto al operador RSL y el verificador Avantelco:

- El análisis de la situación accionarial de RSL y Avantelco así como la identificación de quien ostenta control en la toma de sus decisiones, involucra no sólo a estas empresas sino a otras personas físicas y jurídicas que ostentan directa o indirectamente (mediante sociedades interpuestas o mediante lazos de afinidad) acciones o participaciones sociales o puestos en los órganos de administración. La existencia de este entramado tiene como punto de partida dos circunstancias: **[CONFIDENCIAL]**
- **[CONFIDENCIAL]**
- En el Consejo de Administración de RSL y de Basa Holding Iberia, S.L.U. participan:
 - (i) Como vocal, Mediafón, SA. Esta entidad posee el 100% de las participaciones de la entidad Avantelco que actúa como verificador independiente de RSL.
 - (ii) Como vocal, Egis Consulting, SA. Esta sociedad se ha constituido en 1993, el 23-11-2001 se efectuó la declaración de unipersonalidad (única socia Silvia Gutiérrez Hidalgo de Quintana), tiene como administradores solidarios a Silvia Gutiérrez Hidalgo de Quintana y a Alejandro Rivas Micoud y se dedica a la consultoría de empresas, consultoría estratégica y estudios de mercado. Silvia Gutiérrez Hidalgo de Quintana posee acciones en Mediafón, S.A. y es administradora única del

¹ En el Anexo 1, se recoge un cuadro con la situación de societaria de las principales entidades involucradas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

verificador Avantelco. Por su parte, Egis Consulting es consejera de Mediafón, S.A.

- (iii) Como vocal, Aló Holding, Sociedad Civil: Esta sociedad está representada por Alejandro Rivas Micoud.
- (iv) Como presidente y consejero delegado, Alejandro Rivas Micoud. Alejandro Rivas Micoud, entre otras circunstancias, forma parte del órgano de administración de Egis Consulting, S.A. y ha formado parte del de Mediafón, SA.

- [CONFIDENCIAL]

- En el Consejo de Administración de Mediafón, S.A. participan:
 - (i) Como vocal, secretaria y consejera delegada, Silvia Gutiérrez Hidalgo de Quintana. Esta persona es administradora única del verificador Avantelco.
 - (ii) Como vocal, Egis Consulting, S.A. Esta entidad es consejera de RSL y de Mediafón, S.L. y tiene como administradora solidaria a la administradora única del verificador Avantelco.

Del análisis de lo anterior hay que concluir que en el presente caso no se producen las concretas circunstancias señaladas en el punto tercero, apartado a), de la Circular para que se entienda que existe un grupo económico (varias sociedades constituyendo una unidad de decisión)² y, por lo tanto, no se han encontrado indicios suficientes que indiquen que se puedan estar incumpliendo formalmente las previsiones de la Circular 1/2004 a este respecto. En atención a lo anterior, y en aplicación estricta del principio de tipicidad, que impediría considerar incumplida la Circular si no se contraviene su tenor literal, no procede la incoación de procedimiento sancionador por incumplimiento de los citados apartados de la Circular de continua referencia.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Único.- No incoar procedimiento sancionador en relación a la denuncia formulada por Telefónica de España, S.A.U. contra Redes y Servicios Liberalizados, S.A., European Filing Solutions, S.L. y Avantelco Iberian, S.L., en lo relativo a los posibles incumplimientos de determinados preceptos de la Circular 1/2004, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la

² Tampoco se ha verificado la existencia de alguna de las situaciones que el mismo apartado indica como aquellas por las, concurriendo, produzcan la presunción de que existe un caso de unidad de decisión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

Vº Bº EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Reinaldo Rodríguez Illera

Jaime Almenar Belenguer



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ANEXO I [CONFIDENCIAL]

ANEXO II [CONFIDENCIAL]