

ACUERDO POR EL QUE SE ARCHIVA EL EXPEDIENTE DE INFORMACIÓN PREVIA INICIADO CONTRA TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. POR EL PRESUNTO USO INDEBIDO DE LA INFORMACIÓN MAYORISTA DE TERCEROS OPERADORES

IFP/DTSA/022/17/TELEFÓNICA USO INFORMACIÓN MAYORISTA

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

D. Benigno Valdés Díaz

Secretario de la Sala

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 21 de junio de 2017

Vistas las actuaciones practicadas durante el período de información previa tramitado con el número de referencia IFP/DTSA/022/17, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- Escrito de Astel

El 4 de abril de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia un escrito de la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante, Astel) en virtud del cual ponía en conocimiento de este organismo que Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica) podría estar utilizando, para fines distintos a los legalmente previstos, los datos que recaba a nivel mayorista de sus principales competidores en relación con las solicitudes de acceso al Servicio Mayorista de Acceso a Registros y Conductos (servicio MARCo).

Según Astel, este hecho quedaría acreditado en el *“Estudio para conocer la cobertura de las redes de fibra de los operadores alternativos a partir de las solicitudes de acceso a los conductos de Telefónica”* (en adelante, el Estudio) que Telefónica ha aportado en el procedimiento que se está tramitando ante la

Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 8ª) de la Audiencia Nacional, PO nº 224/2016¹, y en el que Astel está personada.

Según afirmaba Astel en su escrito, Telefónica podría asimismo haber cedido los datos de que dispone a nivel mayorista a sus diferentes unidades internas, y podría haber vulnerado el deber de confidencialidad que regula la transmisión de datos entre operadores a los efectos de tramitar las solicitudes de acceso a los servicios regulados.

Dados estos hechos, Astel solicita de la CNMC que, entre otros aspectos, incoe un procedimiento sancionador contra Telefónica.

SEGUNDO.- Comunicación de inicio de un periodo de información previa

Mediante escritos de 18 de abril de 2017, se comunicó a Telefónica y Astel que, según lo previsto en el artículo 55 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se había procedido a abrir un período de información previa con el fin de analizar los hechos puestos de manifiesto por Astel y la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento administrativo (expediente IFP/DTSA/022/17).

TERCERO.- Alegaciones de Telefónica a la comunicación de inicio del presente periodo de información previa

En fecha 18 de mayo de 2017, Telefónica remitió un escrito en el que formulaba sus observaciones en relación con la apertura por parte de la CNMC del presente periodo de información previa a fin de analizar las cuestiones planteadas por Astel.

A los anteriores antecedentes les resultan de aplicación los siguientes

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Objeto del expediente

El objeto del presente expediente es valorar la adecuación de la conducta de Telefónica con las obligaciones que este agente, en tanto operador de comunicaciones electrónicas, está obligado a asumir.

Según Astel, Telefónica habría hecho un uso ilegítimo de la información que los operadores alternativos deben poner a su disposición a la hora de solicitar el acceso a los servicios mayoristas regulados en la oferta MARCo. En concreto, Astel se refiere a un Estudio que Telefónica ha presentado ante la Audiencia

¹ Recurso interpuesto por Telefónica contra la Resolución de la CNMC de 24 de febrero de 2016, por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor (ANME/DTSA/2154/14).

Nacional, como parte integrante del recurso interpuesto por este operador contra la Resolución de los mercados 3 y 4.

A través del citado Estudio (*“Estudio para conocer la cobertura de las redes de fibra de los operadores alternativos a partir de las solicitudes de acceso a los conductos de Telefónica”*), **CONFIDENCIAL** [²].

SEGUNDO.- Habilitación competencial de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Las competencias de la CNMC para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. Tal y como señala el artículo 6.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Ley CNMC), corresponde a la CNMC *“realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre³, y su normativa de desarrollo”*.

En fecha 24 de febrero de 2016, la CNMC adoptó la Resolución por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor (Resolución de los mercados 3 y 4). En la citada Resolución, se imponen a Telefónica, en tanto operador con poder significativo (PSM) en los mercados de referencia, una serie de obligaciones regulatorias, incluyendo medidas relativas al acceso a la infraestructura de obra civil de este operador, en condiciones de no discriminación y transparencia.

El acceso a la infraestructura de obra civil de Telefónica se encuentra en particular regulado a través de la oferta Mayorista de Acceso a Registros y Conductos (oferta MARCo), cuya última modificación tuvo lugar en fecha 18 de octubre de 2016⁴.

Por otra parte, según el artículo 70.2.g) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel) la CNMC es competente para intervenir en las relaciones entre operadores o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, en los términos establecidos en el artículo 12 de la LGTel y su normativa de desarrollo.

A estos efectos, según el artículo 12.7 de la LGTel:

“Los operadores que obtengan información de otros, con anterioridad, durante o con posterioridad al proceso de negociación de acuerdos de acceso o

² **CONFIDENCIAL** [].

³ Actualmente, Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

⁴ Resolución de 18 de octubre de 2016, sobre la revisión de la oferta MARCo de Telefónica (OFE/DTSA/1242/15). Ver asimismo Resolución de 16 de marzo de 2017 sobre la adecuación de determinados aspectos del texto de la oferta MARCo a lo dispuesto en la Resolución OFE/DTSA/1242/15 (OFE/DTSA/010/16).

interconexión, destinarán dicha información exclusivamente a los fines para los que les fue facilitada y respetarán en todo momento la confidencialidad de la información transmitida o almacenada, en especial respecto de terceros, incluidos otros departamentos de la propia empresa, filiales o asociados”.

El artículo 77 de la LGTel establece en su apartado 28 que se consideran infracciones graves “*el incumplimiento por parte de los operadores de las obligaciones en materia de acceso, interconexión e interoperabilidad de los servicios a las que estén sometidas por la vigente legislación*”. A este respecto, conforme al artículo 84.2 de la LGTel, la CNMC tiene atribuida la competencia sancionadora por la comisión de las infracciones graves tipificadas en el artículo 77.28 de la citada Ley.

En aplicación de los preceptos citados, la CNMC tiene competencia para conocer y resolver sobre la existencia de un presunto incumplimiento por parte de Telefónica de sus obligaciones en materia de acceso, interconexión e interoperabilidad de los servicios.

A tal efecto, como se ha indicado, en fecha 18 de abril de 2017 la CNMC procedió a abrir un periodo de información previa, con el fin de conocer las circunstancias del caso denunciado por Astel, y valorar la conveniencia de iniciar o no el correspondiente procedimiento administrativo.

Atendiendo a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la Ley CNMC y el artículo 14.1.b) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el órgano decisorio competente para la resolución del presente expediente es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Regulación aplicable a los hechos puestos de manifiesto por Astel

Como se ha señalado en los Fundamentos Jurídicos Procedimentales, según el artículo 12.7 de la LGTel:

“Los operadores que obtengan información de otros, con anterioridad, durante o con posterioridad al proceso de negociación de acuerdos de acceso o interconexión, destinarán dicha información exclusivamente a los fines para los que les fue facilitada y respetarán en todo momento la confidencialidad de la información transmitida o almacenada, en especial respecto de terceros, incluidos otros departamentos de la propia empresa, filiales o asociados”.

El artículo 22.5 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, está redactado en términos prácticamente idénticos.

Por otra parte, junto con las obligaciones generales que afectan a Telefónica en tanto operador de comunicaciones electrónicas, este agente debe respetar una serie de obligaciones adicionales dada su condición de operador con poder significativo en determinados mercados susceptibles de ser regulados *ex ante*, incluyendo, en el supuesto analizado, los mercados mayoristas de banda ancha (tal y como los mismos han sido definidos en la Resolución de los mercados 3 y 4).

En particular, la Resolución de los mercados 3 y 4 impone a Telefónica una serie de obligaciones en relación con el acceso a su infraestructura de obra civil.

Así, en lo que se refiere a la obligación de no discriminación, Telefónica está obligada a implantar:

“los medios necesarios para la provisión del acceso mayorista a sus infraestructuras de obra civil, suministrando a terceros recursos equivalentes a los que se proporciona a sí misma o a sus empresas filiales o participadas, en las mismas condiciones y plazos. [...]”.

La Recomendación de la Comisión Europea de 20 de septiembre de 2010 relativa al acceso regulado a las redes de acceso de nueva generación (Recomendación NGA)⁵ desarrolla el contenido del principio de equivalencia⁶ para el acceso a la infraestructura de obra civil de los operadores con PSM, a efectos de la implantación de las redes NGA (Anexo II de la Recomendación). En lo que respecta al acceso asimétrico a la información⁷, la Recomendación señala lo siguiente:

“[...] es importante que cualquier conocimiento asimétrico sobre los planes de implantación de terceros demandantes de acceso que obre en poder del operador con PSM no sea utilizado por este para adquirir una ventaja comercial indebida.

[...]

El operador histórico conoce por adelantado los planes de despliegue de los terceros demandantes de acceso. Para evitar que pueda utilizarse dicha información a fin de obtener una ventaja competitiva indebida, el operador con PSM encargado de la explotación de la infraestructura de obra civil no debería compartir dicha información con su división minorista descendente.

⁵ DOUE L251/35 de 25 de septiembre de 2010.

⁶ Según la Recomendación, el principio de equivalencia constituye la manera más segura de conseguir una protección efectiva frente a la discriminación.

⁷ El epígrafe relativo a la “asimetría de la información” está contenido en el Anexo II de la Recomendación NGA, dedicado a la aplicación del principio de equivalencia para el acceso a la infraestructura de obra civil del operador con PSM. Dicho epígrafe profundiza en la posible situación de ventaja (asimetría) de que dispone el operador con PSM a la hora de tratar la información que le proveen sus competidores para acceder a su red.

Como mínimo, las ANR deberían velar por que las personas implicadas en las actividades de la división minorista del operador con PSM no puedan participar en las estructuras empresariales de dicho operador que sean responsables, directa o indirectamente, de gestionar el acceso a la infraestructura de obra civil”.

En lo que se refiere a la obligación de transparencia, Telefónica está obligada a la publicación de una oferta de referencia para la prestación de los servicios mayoristas de acceso a las infraestructuras de obra civil suficientemente desglosada para garantizar que no se exija pagar por recursos que no sean necesarios para el servicio requerido. Como recoge la Resolución de los mercados 3 y 4, la obligación de transparencia:

“posibilita asimismo que las negociaciones de los operadores alternativos con Telefónica se lleven a cabo de la manera más rápida posible, reduciéndose por otra parte potenciales conflictos de acceso, y limitándose posibles usos privilegiados de información estratégica por parte de Telefónica”.

A este respecto, el Contrato Tipo anexo a la oferta MARCo, en virtud del cual se regulan las condiciones en las que Telefónica presta a los operadores alternativos el servicio MARCo, contiene las siguientes estipulaciones en materia de tratamiento de la información confidencial (cláusula 35.2):

“Las Partes adoptarán las medidas oportunas para asegurar el tratamiento confidencial de dicha información asumiendo las siguientes obligaciones:

- *Usar la información confidencial solamente para el uso propio al que sea destinada.*
- *Permitir el acceso a la información confidencial únicamente a aquellas personas físicas o jurídicas que, prestando, en ambos casos, sus servicios para el OPERADOR AUTORIZADO o para TELEFONICA DE ESPAÑA, necesiten la información para el desarrollo de tareas para las que el uso de esta información sea estrictamente necesaria.*

A este respecto, la Parte receptora de la información advertirá a dichas personas físicas o jurídicas de sus obligaciones respecto a la confidencialidad, velando por el cumplimiento de las mismas.

- *Limitar el uso de la información confidencial intercambiada entre las Partes, al estrictamente necesario para el cumplimiento del objeto de este acuerdo, asumiendo la Parte receptora de la información confidencial la responsabilidad por todo uso distinto al mismo realizado por ella o por las personas físicas o jurídicas a las que haya permitido el acceso a la información confidencial. [...]”.*

SEGUNDO.- Alegaciones de Astel y Telefónica

Astel considera que Telefónica está empleando la información que obtiene de los operadores alternativos para fines distintos de los legítimos para los que la

información fue inicialmente recabada (el suministro de servicios mayoristas de acceso).

En particular, según Astel, para la realización del Estudio, citado anteriormente, Telefónica se habría servido de los datos confidenciales obtenidos de los operadores alternativos en el marco de las negociaciones de acceso mayorista a su infraestructura de obra civil.

Telefónica habría vulnerado por consiguiente el deber de destinar la información recabada de los operadores terceros exclusivamente a los fines para los que la información fue facilitada, así como el deber de asegurar la confidencialidad de los datos aportados por terceros, habiendo escapado el control de dichos datos de la unidad mayorista de Telefónica, a quien en un principio se había encomendado la salvaguarda de los mismos.

Por su parte, Telefónica rechaza haber incurrido en incumplimiento alguno de la normativa sectorial vigente en lo que se refiere al tratamiento de los datos que recaba de terceros operadores para la tramitación de las solicitudes de acceso a la oferta MARCo.

En particular, según Telefónica, **CONFIDENCIAL []**.

Telefónica indica por otra parte que el Estudio controvertido ha sido aportado como prueba documental en un procedimiento contencioso-administrativo que se está tramitando ante la Audiencia Nacional, por lo que el mismo debe enmarcarse dentro del ejercicio de sus derechos de defensa y acceso a la tutela judicial efectiva. Según Telefónica, este operador debe poder utilizar los medios de prueba que considere oportunos en un procedimiento judicial donde lo que precisamente se cuestiona es la legalidad de la actuación supervisora de la CNMC.

Telefónica indica por último que el Estudio ha sido elaborado por el área de Regulación de Telefónica y ha sido facilitado a su Asesoría Jurídica a los efectos de la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional. Ambos departamentos formarían parte de la misma Dirección General de Telefónica que el área de Negocio Mayorista (Secretaría General, Operadores y Regulación), siendo ésta un área distinta e independiente de la división minorista de Telefónica. La información contenida en el Estudio no habría sido por consiguiente traspasada en ningún momento a la unidad minorista de este operador, ni Telefónica habría obtenido ventaja competitiva alguna con su elaboración.

TERCERO.- Valoración de las cuestiones planteadas

Por medio del artículo 11.6 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones (norma actualmente derogada) y el artículo 12.7 de la LGTel actualmente en vigor, se produjo la transposición al derecho español del artículo 4.3 de la Directiva 2002/19/CE de 7 de marzo de 2002 relativa al acceso a las redes de

comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva de acceso)⁸.

De la información recabada por la CNMC de otras ANR, se desprende que la infracción del artículo 4.3 de la Directiva de acceso (o sus equivalentes a nivel nacional) ha sido invocada en muy contadas ocasiones por los países del ámbito comunitario.

La ANR británica adoptó en el año 2003 una Resolución, por la que instaba al operador con poder significativo de mercado a dejar de usar la información recabada de sus competidores en el marco de la provisión del servicio mayorista de preselección para llevar a cabo prácticas de retención de clientes a nivel minorista durante la fase de migración⁹. La ANR danesa consideró en el año 2008 que se había incumplido este precepto tras comprobar que un operador había traspasado información sensible entre sus divisiones mayorista y minorista sobre el contenido de los acuerdos suscritos con otros operadores en materia de reventa de servicios de banda ancha, lo que permitió a la filial minorista emplear dicha información para adaptar sus campañas de marketing a las ofertas de los competidores. Por su parte, la ANR croata concluyó en el año 2016 que el operador incumbente no había respetado sus obligaciones regulatorias al emplear la información suministrada por los operadores alternativos en el marco de los procesos mayoristas asociados con el mercado de acceso y originación fija para recuperar clientes durante la fase de migración.

En lo que se refiere al ámbito subjetivo de la obligación establecida en el artículo 12.7, cabe señalar que el artículo 12 de la LGTel actualmente vigente recoge los principios generales aplicables al acceso a las redes y recursos asociados y a su interconexión, resultando de aplicación a todos los operadores que negocien este tipo de acuerdos mayoristas, con independencia de que ostenten la condición de operadores con poder significativo en un mercado sometido a regulación *ex ante* o no.

Por otra parte, en lo relativo a su contenido material, el artículo 12.7 impone a todos los operadores que obtengan información de otros en el marco de los

⁸ DOCE L108/7, de 24 de abril de 2002. La Directiva de acceso fue objeto de revisión con la adopción de la Directiva 2009/140/CE, de 25 de noviembre de 2009.

Según el artículo 4.3 de la Directiva de acceso *“los Estados miembros exigirán que las empresas que obtengan información de otras empresas con anterioridad, durante o con posterioridad al proceso de negociación de acuerdos de acceso o interconexión utilicen dicha información exclusivamente a los fines para los que les fue facilitada y respeten en todo momento la confidencialidad de la información transmitida o almacenada. No deberá darse a conocer la información recibida a terceros, en especial cuando se trate de otros departamentos, filiales o asociados para los cuales esta pudiera constituir una ventaja competitiva”*.

⁹ La Resolución de Ofcom fue confirmada por el *Competition Appeal Tribunal*, ver <http://www.catribunal.org.uk/files/Jdg1025BT091204.pdf>

procesos de negociación de acuerdos de acceso o interconexión dos obligaciones de carácter incondicional, conforme a las cuales:

- (i) deberán destinar la información exclusivamente para los fines para los que les fue facilitada;
- (ii) deberán respetar la confidencialidad de la información transmitida o almacenada, en particular respecto de terceros (incluyendo otros departamentos de la propia empresa, filiales o asociados).

A este respecto, en contra de lo alegado por Telefónica, el hecho de que la información contenida en el Estudio elaborado por este operador contenga datos agregados de los operadores alternativos resulta irrelevante, desde el momento en que la recopilación y agregación de los datos ha sido llevada a cabo precisamente por la entidad que debía velar por el correcto uso de la información recabada (Telefónica), mediante el acceso a los datos individuales aportados por otros agentes en el seno de la oferta MARCo. En este sentido, lo relevante es el uso o finalidad que se dé a los datos recabados a través de una actividad amparada por los contratos MARCo firmados con cada uno de los operadores.

Sin perjuicio de lo que antecede, debe reconocerse que el artículo 12.7 de la LGTel no puede aplicarse de manera automática y rígida, sino que resultará necesario atender a las circunstancias de cada caso concreto a fin de valorar la pertinencia de invocar la citada norma. Así por ejemplo, los efectos sobre el mercado derivados del uso de información potencialmente sensible serán particularmente acuciantes en supuestos en que se acredite que la información mayorista recabada de otros agentes ha sido empleada con el fin de obtener una ventaja competitiva¹⁰, frente a otro tipo de supuestos donde la incidencia sobre el desarrollo de la estructura competitiva puede ser menor.

Una vez analizado el marco jurídico en que debe llevarse a cabo el análisis de los hechos puestos de manifiesto por Astel, cabe hacer referencia a los siguientes factores:

- En primer lugar, la información contenida en el Estudio aportado por Telefónica a la Audiencia Nacional profundiza – tal y como señala Astel - en la relación que existe entre las solicitudes de acceso a los conductos de este operador y el despliegue de una red de fibra óptica. Para llevar a cabo el Estudio, Telefónica se limita sin embargo a tomar en consideración datos de partida (número de solicitudes de acceso¹¹) de los operadores alternativos sobre la utilización del servicio MARCo. Esta información, de carácter genérico y global, es por otra parte contrastada

¹⁰ Como por ejemplo efectuar los propios despliegues en anticipación de los planes de inversión de los competidores, tal y como los mismos han sido puestos de manifiesto a partir de las solicitudes de acceso a una oferta mayorista en una zona geográfica determinada.

¹¹ **CONFIDENCIAL []**.

por Telefónica con las manifestaciones públicas que los operadores alternativos han formulado en relación con sus planes de despliegue¹².

Este tipo de información sobre el grado de utilización de los servicios mayoristas, presentada de manera agregada, es información que, de hecho, Telefónica ha de poner en ocasiones a disposición del regulador sectorial. Por otra parte, cabe constatar que en el propio procedimiento de revisión de los mercados mayoristas de banda ancha que dio lugar a la Resolución de los mercados 3 y 4, Telefónica presentó ante la CNMC un conjunto de alegaciones similares al Estudio que es actualmente objeto de controversia¹³, sin que la CNMC constatará indicios de incumplimiento derivados de la remisión de dicha información al regulador sectorial.

- En segundo lugar, y relacionado con el anterior punto, la valoración de la conducta de Telefónica no puede obviar el marco en el que se lleva a cabo la elaboración del Estudio controvertido.

A este respecto, como se ha señalado, el Estudio ha sido preparado por Telefónica para defender, en sede contencioso-administrativa, la (supuesta) falta de proporcionalidad de la propuesta de segmentación geográfica contenida en la Resolución de los mercados 3 y 4. En este contexto, la valoración administrativa que se lleve a cabo de la actuación de Telefónica deberá ser particularmente escrupulosa, debiendo ponderarse el impacto de cualquier iniciativa administrativa sobre la tutela de derechos fundamentales constitucionalmente protegidos tales como el derecho a la tutela judicial efectiva o el derecho de defensa.

- Por último, de la información aportada por Astel no puede deducirse que los datos relativos al uso del servicio MARCo hayan resultado accesibles para la división minorista de Telefónica.

Por otra parte, la obtención de una ventaja competitiva por el uso de la información confidencial es un elemento que, a pesar de no estar expresamente contemplado en el artículo 12.7 de la LGTel¹⁴, sí

¹² **CONFIDENCIAL []**.

¹³ Ver sección II.3.2. (Análisis en ámbito inferior al nacional) del resumen de alegaciones a la consulta pública, contenido en el Anexo 12 de la Resolución de la CNMC: *“Más aún, según Telefónica hay que tener en cuenta los planes de despliegue de los operadores en los próximos tres años y que la competencia en NGA está estrechamente relacionada con la competencia en banda ancha tradicional, y pone como ejemplo a Jazztel en este sentido. Desde un punto de vista prospectivo la presencia de operadores coubicados es un input adicional y básico así como las peticiones del servicio MARCo, que mostrarían esa intención de los operadores de desplegar una red NGA. Por tanto, si se consideraran los municipios con dos redes NGA y solicitudes MARCo confirmadas, la zona BAU constaría de 109 municipios”*.

¹⁴ Cabe por otra parte señalar que la referencia a la existencia de una ventaja competitiva sí se ha visto reflejada en otras normas sectoriales específicas. Por ejemplo, la Circular 2/2009 sobre la implantación de la preselección de operador por los operadores de acceso obligados a proveerla en el mercado de redes públicas de telecomunicaciones fijas, dispone en su apartado

encuentra su reflejo en el artículo 4.3 de la Directiva de Acceso, conforme al cual las empresas que obtengan información de otras empresas en el proceso de negociación de acuerdos de acceso o interconexión deberán abstenerse de dar *“a conocer la información recibida a terceros, en especial cuando se trate de otros departamentos, filiales o asociados para los cuales esta pudiera constituir una ventaja competitiva”*.

En el mismo sentido, las previsiones contenidas en la Recomendación NGA en materia de acceso a información estratégica por parte del operador con poder significativo de mercado están indudablemente orientadas a evitar que dicho operador pueda adquirir una ventaja comercial indebida, mediante el traspaso de la información obtenida a nivel mayorista a su división minorista descendente¹⁵.

Astel no ha acreditado ni siquiera de manera indiciaria que estas circunstancias se hayan producido con la remisión del Estudio controvertido a la Audiencia Nacional –estudio que tiene el carácter genérico y global analizado en el primer apartado anterior-, a los efectos de su valoración por dicho órgano en el seno del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución de los mercados 3 y 4.

Dado lo que antecede, cabe concluir que no se aprecian indicios que justifiquen la incoación de un procedimiento sancionador a raíz de la conducta denunciada por Astel, consistente en la preparación por Telefónica de un *“Estudio para conocer la cobertura de las redes de fibra de los operadores alternativos a partir de las solicitudes de acceso a los conductos de Telefónica”* que ha sido remitido a la Audiencia Nacional, y que ha tomado como base para su elaboración **CONFIDENCIAL []**.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Séptimo 1.g) que *“la información obtenida por el operador de acceso durante el proceso de preselección, sólo podrá ser utilizada para el fin para el que fue proporcionada. En particular, esta información no podrá ser empleada por departamentos distintos de los directamente involucrados en los procesos de la tramitación de la preselección, ni tampoco comunicada a dichos departamentos distintos o a otra entidad ajena al operador de acceso, de modo que tal información pueda emplearse en beneficio de los servicios comerciales del operador de acceso, o de sus filiales o asociadas, para los que dicha información pudiera suponer una ventaja competitiva”*.

¹⁵ Ver por ejemplo el apartado 7 (Asimetría de la información) del Anexo II de la Recomendación: *“El operador histórico conoce por adelantado los planes de despliegue de los terceros demandantes de acceso. Para evitar que pueda utilizarse dicha información a fin de obtener una ventaja competitiva indebida, el operador con PSM encargado de la explotación de la infraestructura de obra civil no debería compartir dicha información con su división minorista descendente”*.

RESUELVE

ÚNICO.- Archivar la denuncia presentada por la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones contra Telefónica de España, S.A.U., en relación con el uso que este operador ha hecho de la información que debe ser suministrada por los operadores alternativos a la hora de solicitar el acceso al servicio mayorista MARCo.

Comuníquese este acuerdo a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndole saber que contra el mismo no cabe recurso en vía administrativa alguno.