



Roj: **SAN 1433/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:1433**

Id Cendoj: **28079230062014100197**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **24/03/2014**

Nº de Recurso: **99/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a veinticuatro de marzo de dos mil catorce.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Telefónica de España SAU**, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a María del Carmen Ortiz Cornago, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 23 de enero de 2013**, relativa a incumplimiento de acuerdo de la CNC, siendo **Codemandadas** DTS Distribuidora de TV Digital SA y Prisa Televisión SAU, y la cuantía del presente recurso de 100.259 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Telefónica de España SAU, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a María del Carmen Ortiz Cornago, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 23 de enero de 2013, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la resolución que nos ocupa y ordene continuar las actuaciones.

SEGUNDO : Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO : No habiéndose solicitado recibimiento a prueba, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día once de marzo de dos mil catorce.

CUARTO : En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO : Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 23 de enero de 2013.

La Resolución que nos ocupa declara en su parte dispositiva:



"PRIMERO.- Declarar que PRISA TELEVISION, S.A., DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISION DIGITAL, S.A. y TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U., han incurrido en una infracción muy grave tipificada en el apartado 4.c) del artículo 62 de la LDC, por incumplir la Resolución de 28 de enero de 2010.

SEGUNDO.- Imponer las siguientes sanciones por las conductas declaradas contrarias a la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia:...

- Cien mil doscientos cincuenta y nueve euros (100.259,- €) a TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U..."

SEGUNDO : Los hechos declarados probados por la Dirección de Investigación y que son asumidos por la CNC, son los que siguen:

"Con fecha 28 de enero de 2010 el Consejo de la CNC resolvió la terminación convencional del expediente sancionador S/0020/07 TRIO PLUS acordando lo siguiente:

PRIMERO.- Con amparo en el Artículo 52 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, se acuerda terminar convencionalmente el expediente sancionador incoado con causa en Acuerdos de actuación conjunta firmados el día 27 de Junio del 2007 entre Sogecable SA., y Telefónica Cable SAU., para la adquisición de contenidos para Imagenio y la comercialización de Digital+, con ciertos servicios de comunicaciones de Telefónica.

La antedicha terminación convencional alcanza también y debe predicarse y hacerse extensible a los siguientes acuerdos:

(1) "Contrato para la comercialización de Digital+ con ciertos servicios de comunicaciones de Orange" de 31 de Enero del 2008, entre Sogecable SA., Canal Satélite Digital SL., DTS Distribuidora de Televisión Digital SA., y France Telecom España SA.

(2) "Acuerdo de colaboración para la comercialización de Digital + y ADSL+Llamadas de Vodafone" de 14 de Noviembre del 2008 entre Canal satélite Digital SL., DTS Distribuidora de Televisión Digital SA., y Vodafone España SAU.

SEGUNDO.- Terminación convencional sujeta a los compromisos presentados y definitivamente concretados en esta Resolución, en base a las recomendaciones y consideraciones propuestas por la Dirección de Investigación de esta Comisión Nacional de la Competencia.

Los compromisos que, en todo caso deberán responder a la filosofía plasmada en el cuerpo de esta Resolución, deberán conformar los contratos vinculantes de actuación conjunta, que las partes deberán necesariamente presentar a la Dirección de Investigación para su preceptiva autorización, dentro del plazo de treinta días, siguientes al de la notificación de la presente Resolución.

TERCERO.- Encomendar la vigilancia del acuerdo de terminación convencional y, por tanto, de los compromisos alcanzados y de las obligaciones impuestas a la Dirección de Investigación."

Conforme a lo dispuesto en el Fundamento de Derecho Segundo de la resolución, los compromisos "serán de obligado cumplimiento para Sogecable, S.A., Canal Satélite Digital, S.L. y DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A. en todos sus términos, y para Telefónica de España, S.A.U. y Telefónica Cable, S.A.U., France Telecom España, S.A. y France Telecom España Internet Service Provider, S.A.U., Vodafone España, S.A.U. en lo que se refieran a sus respectivos acuerdos con Sogecable, S.A., Canal Satélite Digital, S.L., DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A."

Continúa la citada Resolución:

"Como consecuencia de la terminación convencional del expediente sancionador S/0020/07, PRISA TV (anteriormente SOGECABLE, S.A.) y los diversos operadores con los que había firmado acuerdos de comercialización conjunta de los productos de televisión de pago de Digital+, se vieron obligados a modificar los contratos que habían sido objeto de análisis del citado expediente S/0020/07, adaptándolos a los compromisos asumidos por las partes en la terminación convencional de 28 de enero de 2010.

En el caso de la comercialización conjunta de los servicios de televisión de pago de Digital+ y los servicios de comunicaciones de TELEFÓNICA, SOGECABLE, S.A. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. optaron por firmar un nuevo contrato de comercialización conjunta el 15 de marzo de 2010, cuya vigencia se extendía hasta el 30 de noviembre de 2011, aunque fue posteriormente prorrogado hasta el 30 de junio de 2013. En la cláusula 2 del citado contrato, dedicada al ámbito de la comercialización conjunta se establece con total claridad que los productos comercializados conjuntamente también deben ofertarse de forma individual y el precio del producto conjunto debe ser igual a la suma de los productos considerados individualmente:



"2.1.1. Telefónica y Sogecable promoverán y mediarán en la contratación del producto denominado "TRIO +", que incluye el producto DUO, en la modalidad comercial que en cada momento decida Telefónica, y la oferta de televisión satelital de Digital +.

2.1.2. Los precios de los respectivos productos de las Partes serán los vigentes en cada momento y serán decididos de forma independiente por ellas.

2.1.3. En todo caso, el producto DUO y la oferta de televisión satelital de Digital +, continuarán siendo servicios independientes y disponibles en los respectivos catálogos de las Partes.

2.1.4. Las Partes facilitarán que los potenciales clientes contraten los servicios de la otra Parte incluidos en el TRIO+ cerrando las correspondientes ventas en el proceso de contratación.

2.1.5. Las Partes se comprometen a dispensar la más completa, exacta, cierta y suficiente información al cliente sobre las características, condiciones, modo de empleo, especificaciones, garantía y/o el mantenimiento de los servicios y productos de la otra objeto de comercialización. En especial se comunicarán al cliente las respectivas modalidades de alta del servicio y los requisitos para su constancia documental".

En el marco del expediente de vigilancia VATC /0020/07, la DI detectó en mayo de 2010, la existencia de un producto de televisión de pago denominado "DIGITAL+ mini" cuya publicidad indicaba que el mismo únicamente se comercializaba a través de TRIO+, marca que, como consecuencia del acuerdo firmado entre TELEFÓNICA Y SOGECABLE, S.A el día 27 de junio de 2007, comercializaba los productos de DTS y TELEFÓNICA y que, tras el contrato de 2010, continua comercializándolo sin perjuicio de la obligación de que los productos que lo integran se debieran ofertar de forma individual.

Ante el posible incumplimiento de la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de enero de 2010, con fecha 16 de diciembre 2010 la DI solicitó información a DTS acerca de la existencia del paquete de DIGITAL+ denominado "DIGITAL+ mini". DTS y PRISA TV reconocieron que DIGITAL+mini se venía comercializando a través de TRIO+ desde agosto de 2008, sin estar disponible para nuevos clientes fuera de TRIO+."

Pues bien, el incumplimiento se concreta, en los términos de la Resolución impugnada, en el siguiente hecho:

"El 16 de junio de 2011, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 41.2 de la LDC, la DI elevó al Consejo Informe parcial de vigilancia de la Resolución de 28 de enero de 2010 Expte. S/0020/07, Trío Plus en el que propone al Consejo "... Que declare el incumplimiento por parte de SOGECABLE, S.A., TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. U. y TELEFÓNICA CABLE, S.A. U. de la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de enero de 2010, por haber comercializado el paquete "DIGITAL+ mini" a nuevos abonados únicamente a través de TRIO+."

Mediante escrito de 7 de octubre de 2011 DTS y PRISA TV informaron que el paquete DIGITAL+ mini dejó de ser comercializado conjuntamente con TRIO+ en febrero de 2011, si bien los clientes de éste producto que habían contratado con anterioridad el paquete DIGITAL+ mini seguían disfrutando del mismo.

Con fecha 15 de septiembre de 2011, el Consejo de la CNC, dictó resolución en la que resolvió "Declarar que la comercialización del denominado paquete "DIGITAL+ mini" a nuevos clientes únicamente a través del canal TRÍO+ constituye un incumplimiento de la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 28 de enero de 2010".

En resumen, el incumplimiento imputado se centra en la comercialización del paquete Digital+ mini únicamente a través del canal Trío+.

En la Resolución de 15 de septiembre de 2011, VATC/0020/07, por la que se declaró el incumplimiento, se afirma:

"En relación con el cumplimiento de cada uno de estos compromisos, en el citado primer informe parcial la DI considera que:

"De la información aportada por SOGECABLE en el marco de esta vigilancia, se puede concluir que se ha dado correcto cumplimiento a los compromisos en lo relativo a los puntos 2, 3 y 4.

Sin embargo, en lo que se refiere a los compromisos de modificación del contrato de 27 de junio de 2007 entre SOGECABLE y TELEFÓNICA, el cumplimiento podría haber sido incorrecto.

En particular, aunque se han eliminado todas las referencias al acuerdo de adquisición conjunta de contenidos, la firma de un nuevo contrato de 15 de marzo de 2010 entre SOGECABLE y TELEFÓNICA, que sustituye al anterior (algo que no estaba previsto), ha introducido en el acuerdo de comercialización conjunta algunos elementos nuevos no previstos en los compromisos, o ha eliminado otras cláusulas no afectadas por los compromisos".



En concreto y en relación con estos nuevos elementos no previstos en los compromisos, la DI advierte en ese primer informe parcial que:

"En la cláusula 4.5.5 (actual 2.4.5), se ha introducido el siguiente añadido: "En aquellos casos que Sogecable identifique que un potencial cliente interesado en la contratación de Trio+ carece de línea telefónica necesaria para disfrutar del DUO, Sogecable promoverá la contratación de una línea telefónica conjuntamente con el paquete TRIO+",

Y que en igual sentido

"En la cláusula 4.6.4 (actual 2.5.4), se ha introducido el siguiente añadido: "Se entenderá que ha cumplido el periodo de 6 meses tanto si a la finalización de dicho periodo el cliente continúa suscrito a los servicios inicialmente contratados como si se encuentra suscrito a una versión superior de los mismos, entendiéndose ésta como una versión por la que el cliente ha abonado efectivamente, desde su suscripción, una cuota mensual superior a la cuota mensual de los servicios incluidos en el TRIO+ inicialmente contratados. En ambos casos, el cliente debe haber abonado las mensualidades correspondientes durante 6 meses consecutivos desde su alta en TRIO+. En el supuesto del alta de línea telefónica por un cliente que haya sido promovida por Sogecable de conformidad con la cláusula 2.4.5, el importe de la primera mensualidad completa sin promoción que Telefónica facture al nuevo cliente por la línea telefónica contratada será añadida a la comisión por alta nueva prevista en el párrafo anterior, siempre y cuando el periodo de suscripción del nuevo cliente a línea telefónica alcance los seis meses desde su alta y haya abonado las mensualidades correspondientes ". (Subrayado añadido por la CNC).

La DI consideró en ese primer informe parcial que estas concretas modificaciones introducen en el acuerdo de comercialización conjunta entre SOGECABLE y TELEFÓNICA un nuevo elemento, la línea telefónica, que antes no estaba previsto, pero añade - sin pronunciarse expresamente sobre si la mediación de SOGECABLE para la contratación de la línea telefónica constituye o no un incumplimiento material de la Resolución objeto de vigilancia que "... las modificaciones introducidas, por sí mismas, no aumentan significativamente la efectividad del acuerdo entre SOGECABLE y TELEFÓNICA.". El Consejo tomó conocimiento de este primer informe en su reunión del 26 de mayo de 2010, sin adoptar decisión alguna por cuanto aquél no contenía propuesta alguna de la DI que el Consejo tuviese que resolver.

En este segundo informe parcial de vigilancia de 14 de junio de 2011 que la DI eleva al Consejo al amparo de los arts. 41.2 de la LDC y 42.4 del RDC, el órgano de vigilancia analiza el cumplimiento por las partes de las obligaciones derivadas de la Resolución de terminación convencional de 28 de enero de 2010, así como la compatibilidad con tal Resolución de determinados hechos acaecidos o conocidos con posterioridad a aquél primer informe parcial de vigilancia, concluyendo con una propuesta al Consejo de incumplimiento de aquella Resolución. En consecuencia, el objeto de esta Resolución del Consejo es la conformidad a derecho del análisis de cumplimiento realizado por la DI en este segundo informe parcial de vigilancia y, específicamente, la propuesta de incumplimiento formulada y sobre la cual las partes han podido alegar lo que estimaron pertinente (art. 42.3 del RDC)."

Continúa la Resolución, en relación con Sogecable y Telefónica:

"Del resuelve primero de la Resolución del Consejo de 28 de enero de 2010 se desprende que la terminación convencional del expediente sancionador S/0020/07 Trio Plus alcanza al Acuerdo de actuación conjunta firmado el día 27 de Junio del 2007 entre Sogecable SA, y Telefónica Cable SA U, para la adquisición de contenidos para Imagenio y la comercialización de Digital+, con ciertos servicios de comunicaciones de Telefónica, al considerar el Consejo, a la vista de la propuesta de terminación convencional elevada por la DI, adecuados los compromisos presentados por SOGECABLE con fecha 16 de junio de 2009 en relación con este acuerdo, y aceptados por Telefónica de España SAU y Telefónica Cable SAU con fecha 23 de junio de 2009 (FD 2º de la RCNC de 28/1/2010).

En relación con este contrato, y en virtud de la referida Resolución de terminación convencional (art. 52.2 de la LDC y art. 39.6. letra a) del RDC), SOGECABLE se obligó a la resolución del Acuerdo TELEFÓNICA-SOGECABLE en lo relativo a la adquisición de contenidos para Imagenio, lo que suponía: (i) La modificación del propio título del Acuerdo de 27 de junio de 2007; (ii) La modificación del Expositivo 11 del Acuerdo; de las frases segunda y tercera de la cláusula quinta; (iii) La eliminación: del Expositivo V del Acuerdo, de la cláusula Primera, del apartado a) de la cláusula Segunda, la cláusula Tercera; primera frase de la cláusula Quinta; de la letra a) del apartado 8.1 y el apartado 8.2 de la cláusula Octava; y el Anexo I del Acuerdo.

Junto a estas modificaciones del contrato, SOGECABLE se comprometía u obligaba a reforzar la libertad de actuación de SOGECABLE y TELEFÓNICA en la fijación de los precios de sus respectivos productos y la política de remuneración o incentivos del equipo comercial de TRIO+. Para ello, SOGECABLE se comprometía a modificar la cláusula 4.4 y el apartado 4.5.9 y a eliminar la segunda frase del apartado 4.1.2, todo ello en la cláusula Cuarta del Acuerdo de 27 de junio de 2007.



Finalmente, para facilitar el desarrollo del procedimiento de vigilancia, SOGECABLE se obligaba o comprometía a informar semestralmente a la Dirección de Investigación sobre las altas de DIGITAL+ obtenidas a través de TRIO+; las comisiones por alta nueva abonadas por SOGECABLE a TELEFÓNICA y viceversa; y sobre el importe de los gastos específicos incurridos en publicidad, promoción y marketing de TRIO+ desde la fecha de entrada en vigor del acuerdo."

Añade la citada Resolución: "Finalmente, la comercialización conjunta del paquete de DIGITAL+ denominado "DIGITAL+ mini" en el marco del acuerdo comercial con TELEFÓNICA, y su publicidad como que sólo se puede acceder al mismo con TRIO+, a juicio de esta Dirección de Investigación, no es compatible con lo establecido por la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de enero de 2010.... Por lo tanto, la única opción que un particular no abonado a DIGITAL+ tiene para acceder a este paquete "Digital+ mini" es a través de la contratación conjunta de TRIO +. Esta estrategia comercial del paquete "Digital+ mini" sería contraria a lo establecido en la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de enero de 2010, ya que como se ha expuesto anteriormente, el Fundamento de Derecho CUARTO de la mencionada Resolución establece el principio general de que los productos comercializados conjuntamente en TRIO+ deben poder ser adquiridos de forma individual, y que el precio del producto conjunto debe ser igual a la suma de los productos individualmente. El hecho de que el paquete "DIGITAL+ mini" no pueda ser contratado individualmente por los consumidores no abonados previamente a DIGITAL+, infringe, a juicio de esta Dirección de Investigación, los "principios generales sustantivos que regulan los compromisos" presentados por SOGECABLE, en la medida en que la oferta conjunta del paquete no puede tener el mismo precio que los productos ofertados individualmente, al no comercializar DIGITAL+ su paquete "Digital+ mini" a nuevos clientes."

En relación con la Resolución de 15 de septiembre de 2011, en nuestra sentencia de fecha 23 de diciembre de 2013, recurso 587/2011 , afirmábamos:

"Así las cosas, una breve recapitulación de los hechos, nos muestra que la autoridad de la competencia dicta una resolución de terminación convencional de un expediente sancionador en la que impone dos concretas condiciones a las empresas implicadas en la investigación, que la propia CNC declara cumplidas, al asumir lo dicho por el Servicio en su segundo informe de vigilancia, y que en concreto son: a) Resolución del Acuerdo Telefónica-Prisa en lo relativo a la adquisición de contenidos para Imagenio, b) Reforzamiento de la libertad de actuación de ambas entidades en la fijación de precios de sus respectivos productos y la política de remuneración o incentivos del equipo comercial de Trío + .

Por otra parte, también declara la CNC que las recurrentes no han puesto obstáculo alguno al cumplimiento de los principios generales sustantivos que regulan los compromisos, y que pueden resumirse en los siguientes: a) Informar a la DI de forma permanente sobre los costes de comercialización de los productos de cada parte y b) Versando la resolución del expediente sobre los compromisos aportados, cualquier cambio en las circunstancias del mercado llevará a su reconsideración en los términos en los que la DI estime procedente.

El incumplimiento declarado por la CNC se refiere, no obstante, a una eventual violación de la filosofía que inspira la resolución, pues estima que de los compromisos adquiridos por Prisa y Telefónica, no puede deducirse que sea posible la realización de promociones exclusivas para la contratación de productos conjuntos, sin posibilitar la adquisición de cada producto por separado y a un precio que no sea distinto del de la suma individual de los distintos productos...

SEXO: Así las cosas, y orillada la aplicación del artículo 25 CE al presente caso, en los términos propuestos, procede examinar la viabilidad del argumento, también empleado por las recurrentes como corolario de su razonamiento, que se refiere a la violación por la CNC del principio de seguridad jurídica. Sobre esta cuestión, estiman las recurrentes que la interpretación extensiva y arbitraria por parte de la CNC de su resolución de 28 de enero de 2010, no resultaba admisible desde el respeto a los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, al que deben someterse determinadas actuaciones que pueden desplegar efectos sancionadores...

El principio de seguridad jurídica, piedra angular no sólo del procedimiento sancionador, sino del propio Estado de derecho, no puede ser menoscabado por este tipo de resoluciones, inscribiéndose el respeto al mismo en la lógica de la jurisprudencia europea citada. Pero es más, el mismo Tribunal Constitucional, en el FJ 2 de la STC 239/1988, antes transcrito, claramente nos indica que, mediante la multa coercitiva "se constriñe a la realización de una prestación o al cumplimiento de una obligación concreta previamente fijada por el acto administrativo que se trata de ejecutar", es decir, la precisa predeterminación de la obligación cuyo cumplimiento puede reclamarse, imponiendo en otro caso, multas coercitivas, deviene un elemento esencial para el ajuste constitucional de este tipo de medidas de compulsión ejecutiva.

SÉPTIMO: La conclusión a la que llegamos, es la de que la CNC en la resolución que es objeto del presente recurso, no respetó el principio de seguridad jurídica, pues si estimaba que existía por parte de las recurrentes un incumplimiento de la resolución de 28 de enero de 2010, debió justificarlo de manera muy precisa, y no acudir para ello a expresiones vagas, como la filosofía o principios inspiradores de la previa resolución de terminación

convencional del expediente sancionador, máxime cuando es un hecho indiscutido que las recurrentes habían dado puntual cumplimiento, no sólo a las dos concretas condiciones que se habían impuesto en la resolución de terminación convencional de 28 de enero de 2010, sino también a los dos principios generales sustantivos que inspiran los compromisos."

TERCERO : La CNC aplica el artículo 62.4 c) de la Ley 15/2007 , que tipifica como infracción muy grave:

"c) Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente Ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones."

El tipo encierra dos requisitos: a) incumpliendo, b) existencia de una resolución, acuerdo o compromiso.

La controversia se plantea en este recurso de manera semejante a la resuelta por nuestra sentencia de fecha 23 de diciembre de 2013 . La recurrente alega, respecto de los elementos del tipo, que no existe elemento objetivo, pues la terminación convencional no contempló el paquete Digital+ mini en su comercialización a través de Trio+; y tampoco existe elemento subjetivo pues la recurrente, ni podía saber, según lo convenido, la prohibición relativa al citado paquete, ni puede imponer una actuación comercial a Sogecable.

Efectivamente, aún después de la tramitación del expediente sancionador, no se ha alterado una afirmación crucial contenida en nuestra sentencia antes citada, cual es, que en la Resolución de 28 de enero de 2010 de la CNC, no establecía de modo claro la limitación que la CNC entiende incumplida respecto de la comercialización de Digital+ mini a través de Trio+. Inferir el incumplimiento, a efectos sancionadores, de los principios contenidos en la terminación convencional, vulnera el principio de tipicidad en su vertiente objetiva y subjetiva, pues el artículo 64.4 c) de la Ley 15/2007 , establece el incumplimiento respecto de una resolución, acuerdo o compromiso, lo que implica necesariamente que el incumplimiento lo es de los términos de tales resoluciones, acuerdos o compromisos, y por ello de sus términos. Pero también vulnera el elemento subjetivo, pues no puede imputarse a título de culpa o dolo, el incumplimiento de una cláusula no explícita en el acuerdo.

Ante esta situación, y antes de ejercer potestades sancionadoras, era necesario determinar el alcance de la prohibición de la comercialización del paquete que nos ocupa - la recurrente afirma en la demanda que el mismo nunca fue objeto de controversia con la CNC y que Digital+ mini estuvo disponible fuera de Trio+ -. Solo una vez establecido de forma definitiva, que la comercialización del paquete era contraria a los acuerdos, podían ejercerse las potestades sancionadoras por la Administración. Pero hacerlo mientras se discute la inclusión de la prohibición en los acuerdos es contrario al principio de certeza que es inherente al de seguridad jurídica, y que es especialmente intenso en el ámbito sancionador.

La sanción impuesta contraviene por tanto el principio de tipicidad en su doble vertiente, objetiva y subjetiva, y por ello debemos anularla.

CUATRO : De lo expuesto resulta la estimación del recurso.

Procede imponer las costas a la demandada, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que **estimando** el recurso contencioso administrativo promovido por **Telefónica de España SAU** , y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a María del Carmen Ortiz Cornago, frente a la **Administración del Estado** , dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 23 de enero de 2013** , debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos **anularla** y la **anulamos** , con imposición de costas a la demandada.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985 , y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.