

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066784

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1146/2023, de 18 de septiembre de 2023

Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3.ª)

Rec. n.º 5223/2021

SUMARIO:**Sanciones. Ne bis in idem. Telecomunicaciones. Concurrencia de sanciones basadas en los arts. 76.5 y 77.30 de la Ley General de Telecomunicaciones.**

La cuestión de interés casacional para la formación de jurisprudencia que presenta este recurso consiste en determinar si existe un **concurso de normas punitivas entre los artículos 76.5 y 77.30 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones**; esto es, si imponer a la misma persona una sanción por cada una de las infracciones tipificadas en dichos preceptos supone o no castigar una sola conducta dos veces, o, precisando más, si es compatible sancionar a una misma persona por la realización de emisiones radioeléctricas no autorizadas que vulneren o perjudiquen el desarrollo o implantación de lo establecido en los Planes de utilización del dominio público radioeléctrico o en el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias (artículo 76.5) por considerarla autor de las emisiones radioeléctricas sin autorización, y a la vez sancionarle como responsable de poner su red a disposición de un tercero que no tiene autorización para realizar las mismas emisiones radioeléctricas por la que ha sido sancionado (artículo 77.30).

Por lo que respecta al **artículo 76 de la Ley 9/2014**, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, se trata de proteger el dominio público radioeléctrico preservándolo de emisiones no autorizadas que perjudican el desarrollo o implantación de los Planes de utilización de este. El responsable es la persona física o jurídica que realiza las emisiones cuando carece del título habilitante para uso del espectro; la propia Ley contempla la posibilidad de que la entidad titular de los equipos e instalaciones sea distinta del que realiza las emisiones no autorizadas. En este caso, la Administración, para poder sancionar al que realizó las emisiones, puede solicitar la colaboración del operador de telecomunicaciones titular de las instalaciones para que lo identifique, de modo que si no lo identifica le hace responsable por entender que participa de manera esencial en la conducta infractora.

El **artículo 77.30 de la Ley 9/2014**, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones también protege el dominio público radioeléctrico de emisiones no autorizadas, si bien se sanciona la conducta del operador de telecomunicaciones que posee una red de comunicaciones electrónicas y la pone a disposición de un tercero que le encarga realizar emisiones radioeléctricas sin título habilitante para el uso del dominio público radioeléctrico. En este caso, el legislador, con la intención de evitar el uso no autorizado del espectro radioeléctrico impone a los operadores un deber consistente en verificar que los prestadores audiovisuales poseen el título habilitante para uso del espectro y, si no lo tienen, se prohíbe a los operadores poner su red a su disposición de aquellos.

La infracción muy grave prevista en el art. 76.5 no tipifica y, por lo tanto, no castiga el no prestar la colaboración debida a la Administración, sino el realizar emisiones radioeléctricas no autorizadas por sí mismo o bien porque se niega a identificar al emisor, y en este último caso la norma le considera responsable por lo que, en términos penales, se considera un **cooperador necesario**. El Tribunal Supremo ha entendido que la colaboración necesaria se produce tanto cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho), sin olvidar que al cooperador necesario también se le considera autor. Y así, si la emisión no autorizada la realizó materialmente el operador de telecomunicaciones no es posible sancionarle por permitir que dicha conducta la realice un tercero, ambas previsiones son incompatibles, se cometerá una o la otra pero no las dos simultáneamente; por el contrario, si se le sanciona por ser responsable de dicha emisión ilegal, en su consideración de cooperador necesario, por facilitar que un tercero no autorizado utilice su red, negándose a identificarle, dicha sanción ya subsume la segunda de las infracciones por las que se le sanciona- (poner la red a disposición de un tercero no autorizado) y, por lo tanto, **son incompatibles**, ya que en caso contrario se está sancionando dos veces al mismo sujeto por una misma conducta vulnerándose el principio non bis in idem.

La **respuesta a la cuestión de interés casacional** que ahora se plantea es que **no es compatible sancionar** a la misma persona por la realización de emisiones radioeléctricas no autorizadas, que vulneren o perjudiquen el desarrollo o implantación de lo establecido en los Planes de utilización del dominio público radioeléctrico o en el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias - artículo 76.5 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones- y a la vez sancionarle como responsable de poner su red a disposición de un tercero que no tiene autorización para realizar las mismas emisiones radioeléctricas por

la que ha sido sancionado -artículo 77.30 de la misma norma-, porque **implicaría castigar a una misma persona dos veces por la misma conducta.**

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), art. 8.
Ley 9/2014 (General de Telecomunicaciones), arts. 74 b), 76.5 y 77.30.

PONENTE:

Don José María del Riego Valledor.

Magistrados:

Don EDUARDO ESPIN TEMPLADO
Don JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT
Don MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH
Don JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Don DIEGO CORDOBA CASTROVERDE

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.146/2023

Fecha de sentencia: 18/09/2023

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5223/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/09/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 8

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 5223/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1146/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D.ª María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 18 de septiembre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 5223/2021, interpuesto por Infraestructura y Gestión 2002 S.L., representada por el Procurador de los Tribunales D. Jorge Pérez Vivas, con la asistencia letrada de D. Francisco Javier Guillen Martínez, contra la sentencia de 7 de mayo de 2021, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso de apelación número 64/2020, sobre infracciones de la Ley General de Telecomunicaciones, en el que ha intervenido como parte recurrida la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el 7 de mayo de 2021, con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

"PRIMERO.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por la Abogacía del Estado contra sentencia dictada por el Juzgado Central de lo contencioso-administrativo nº 12 en el procedimiento ordinario 28/2018, el día 15 de junio de 2020, la cual anulamos en cuanto estima parcialmente el recurso respecto de la infracción del artículo 77.30 LGTel.

SEGUNDO.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Jorge Pérez Vivas, en representación de INFRAESTRUCTURAS Y GESTION 2002, S.L., contra sentencia dictada por el Juzgado Central de lo contencioso-administrativo nº 12 en el procedimiento ordinario 28/2018, el día 15 de junio de 2020 .

TERCERO.- Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por Infraestructuras y Gestión 2002, S.L., contra resolución del Secretario de Estado para la Sociedad de la información y Agenda digital de 29 de enero de 2018 que desestimó el recurso de reposición contra la del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la información de 17 de febrero de 2016 que le impuso dos multas, una de treinta y cinco mil euros y otra de cincuenta mil euros, como responsable de otras tantas infracciones de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, general de Telecomunicaciones, las cuales confirmamos. Imponemos las costas de primera instancia a la parte recurrente

CUARTO.- No efectuamos pronunciamiento en costas del recurso de apelación."

Segundo.

Notificada la sentencia, se presentó escrito por la representación procesal de Infraestructura y Gestión 2002 S.L., manifestando su intención de interponer recurso de casación, y la Sala de instancia, por auto de 7 de julio de 2021, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante este Tribunal Supremo.

Tercero.

Recibidas las actuaciones en este Tribunal, la Sección 1ª de esta Sala acordó, por auto de 1 de diciembre de 2021, los siguientes pronunciamientos entre otros:

"1.º) Admitir a trámite el recurso de casación n.º 5223/2021 preparado por la representación procesal de Infraestructuras y Gestión 2002, S.L., contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, de 7 de mayo de 2021, dictada en el recurso de apelación n.º 64/2020.

2.º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si existe un concurso de normas punitivas entre los artículos 76.5 y 77.30 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones ; esto es, si imponer a la misma persona una sanción por cada una de las infracciones tipificadas en dichos preceptos supone o no castigar una sola conducta dos veces, o, precisando más, si es compatible sancionar a una misma persona por la realización de emisiones radioeléctricas no autorizadas que vulneren o perjudiquen el desarrollo o implantación de lo establecido en los Planes de utilización del dominio público radioeléctrico o en el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias (artículo 76.5) por considerarla autor de las emisiones radioeléctricas sin autorización, y a la vez sancionarle como responsable de poner su red a disposición de un tercero que no tiene autorización para realizar las mismas emisiones radioeléctricas por la que ha sido sancionado (artículo 77.30).

3.º) La normas que, en principio, serán objeto de interpretación son los artículos 76.5 y 77.30 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, todo ello sin perjuicio de la Sección de Enjuiciamiento extienda la interpretación a otras normas que considere de aplicación."

Cuarto.

Por la representación de Infraestructura y Gestión S.L., se presentó, con fecha 13 de enero de 2022, escrito de interposición del recurso de casación, en el que alegó la vulneración de los artículos 77.30 y 76.5, ambos de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones y del artículo 25.1 CE, que recoge el principio de legalidad sancionadora que incluye el principio non bis in ídem, pues considera que existe un concurso de normas sancionadoras entre ambos preceptos legales, que no fue apreciado por la sentencia recurrida.

La recurrente considera relevantes los siguientes hechos:

- La recurrente es un operador que presta servicios de telecomunicaciones, denominados en la legislación vigente como "red de comunicaciones electrónicas", a terceros (prestadores audiovisuales de radio y televisión, anteriormente denominados como "Radios" o "Televisiones") y está habilitado oficialmente para su propia actividad mediante la inscripción en el Registro de Operadores de la CNMC.

- Desde el año 2010 la recurrente venía prestando a un tercero (prestador audiovisual televisivo) el servicio de red de comunicaciones electrónicas para el transporte de la señal audiovisual televisiva de este, cuya programación se difundía por el canal radioeléctrico 62 de TDT, desde un concreto centro emisor sito en la provincia de Cáceres, para lo cual se utilizaba la red de comunicaciones electrónicas del recurrente desde la que se realizaban las correspondientes emisiones radioeléctricas por encargo de dicho tercero.

- La recurrente poseía habilitación para la prestación de dicho servicio de red de comunicaciones electrónicas, sin embargo, el prestador audiovisual, no poseía el preceptivo título habilitante que la ley le exige para el uso del espectro radioeléctrico y que debería ir aparejada a una licencia audiovisual (art. 24.2 Ley 7/2010, art. 62.5 de la actual Ley 9/2014 y art. 37.3 del antiguo RD 863/20080 y del actual art. 29.3 del Real Decreto 123/2017 de 24 de febrero que aprueba el reglamento sobre el uso de dominio público radioeléctrico).

- Se requirió a la recurrente para que identificase al prestador audiovisual al que prestaba el servicio de red, y no fue identificado por considerar que era de aplicación la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

- Las emisiones en el canal 62 que nos ocupa cesaron el 20 de enero de 2015.

- El plazo máximo de liberación de la banda del dividendo digital (que incluye los canales 61 a 69) estaba fijado hasta el 31 de marzo de 2015 (Real Decreto Ley 17/2014), pasando a partir del 1 de abril de 2015 dichos canales a poder ser usados por los operadores móviles.

En definitiva, entiende la parte recurrente que en este caso un operador de telecomunicaciones, que presta servicio de red a un prestador audiovisual que no posee título habilitante para uso del espectro, con perjuicio del Plan y el Cuadro Nacional de Asignación de Frecuencias, fue sancionado por dos infracciones administrativas, previstas en los artículos 76.5 y 77.30 de la LGT y la sentencia recurrida considera compatible sancionar simultáneamente al operador de telecomunicaciones (en este caso "Infraestructuras y Gestión 2002 SL") por ambas infracciones sin que ello implique sancionar la misma conducta dos veces

Por el contrario, la empresa sancionada, ahora recurrente, considera que existe un concurso de normas sancionadoras y no se puede considerar autor ni, por ende, sancionar al operador de telecomunicaciones simultáneamente por ambas conductas, so pena de vulnerar el artículo. 25.1 CE que contiene el principio non bis in ídem .

1º.- Así, por lo que respecta a la conducta tipificada en el art. 77.30 de la LGT, afirma que lo que se sanciona es la conducta del operador de telecomunicaciones que posee una red de comunicaciones electrónicas y la pone a

disposición de un tercero que le encarga realizar emisiones radioeléctricas no autorizadas, es decir, emisiones "sin título habilitante para el uso del dominio público radioeléctrico" como literalmente se dice en el art. 77.30 LGT.

Precepto que hay que poner en relación con lo que establece el párrafo 2º del art. 62.10 LGT:

"Los operadores que vayan a efectuar materialmente emisiones radioeléctricas mediante el uso del dominio público radioeléctrico por encargo de otras personas o entidades deberán verificar, previamente al inicio de dichas emisiones, que las entidades a cuya disposición ponen su red ostentan el correspondiente título habilitante en materia de uso del dominio público radioeléctrico. Dichos operadores no podrán poner a disposición de las entidades referidas su red y, en consecuencia, no podrán dar el acceso a su red a dichas entidades ni podrán efectuar las mencionadas emisiones en caso de ausencia del citado título habilitante".

Se aprecia claramente que el legislador, con la intención de evitar el uso no autorizado del espectro radioeléctrico por los prestadores audiovisuales, impone a los operadores de telecomunicaciones (que son los que prestan el servicio de red soporte a los prestadores de comunicación audiovisual, siendo éstos últimos quienes han de poseer el título habilitante para uso de espectro, ex. art 24.2 Ley 7/2010 y 62.5 Ley 9/2014) un deber consistente en verificar que los prestadores audiovisuales poseen el título habilitante para uso de espectro y, si no lo tienen, se prohíbe a los operadores de telecomunicaciones poner su red a disposición de aquellos, y si los operadores de telecomunicaciones incumplen este deber o prohibición, y usan su red para transportar la señal radioeléctrica de los prestadores audiovisuales, se produce la infracción prevista en el art. 77.30 LGT

2º.- Por lo que respecta a la conducta del art. 76.5 de la LGT, afirma la parte recurrente que lo que sanciona es la realización de unas emisiones no autorizadas que perjudican el desarrollo o implantación del Plan Técnico o el CNAF, es decir, sanciona el uso del espectro sin título habilitante, con el plus añadido de perjudicar la planificación radioeléctrica.

Por tanto, el sujeto activo, el autor de este ilícito administrativo en el caso de emisiones audiovisuales no autorizadas, no es el operador de telecomunicaciones, sino el prestador audiovisual al que la Ley le exige de manera explícita poseer el título habilitante para uso del espectro (ex. art 24.2 Ley 7/2010 y 62.5 Ley 9/2014) y, si no lo posee, será cuando estamos ante emisiones no autorizadas.

Precepto que hay que poner en relación con la responsabilidad administrativa prevista en el art. 74. b) de la LGT que la atribuye, en los casos de no disponer de título habilitante para el uso del dominio público radioeléctrico, a aquel que realiza la actividad y, más concretamente, el párrafo 2º de dicho precepto legal prevé lo siguiente:

"Para identificar a la persona física o jurídica que realiza la actividad, se puede solicitar colaboración a la persona física o jurídica que tenga la disponibilidad de los equipos e instalaciones por cualquier título jurídico válido en derecho o careciendo de éste o a la persona física o jurídica titular de la finca o inmueble en donde se ubican los equipos e instalaciones. Si no se presta la citada colaboración de manera que dicha persona física o jurídica participa de manera esencial en la conducta infractora, se considerará que la misma es responsable de las infracciones cometidas por quien realiza la actividad. Esta responsabilidad es solidaria de la exigible a la persona física o jurídica que realiza la actividad".

La Administración necesita identificar a la persona que realiza la actividad para ejercitar la potestad sancionadora contra él y, generalmente, requerirá al operador de telecomunicaciones que presta el servicio de red a aquel para que lo identifique, siendo por lo que el Legislador, en dicho párrafo 2 del art. 74 b) LGT, prevé que si el operador de telecomunicaciones no colabora con la Administración cuando ésta le requiera que identifique al prestador audiovisual (que, insistimos, es el responsable del uso del espectro porque es a él y no al operador de telecomunicaciones a quién la Ley le exige poseer el título habilitante para el uso del espectro radioeléctrico), se considerará responsable al operador de telecomunicaciones pero de otro ilícito distinto, el de no identificar a su cliente que usa el espectro; es decir, en el caso que nos ocupa, se le considerará autor de la infracción del art. 76.5 LGT. De dicho párrafo 2º del art. 74 b) LGT se observa que esta traslación de la responsabilidad del prestador audiovisual al operador de telecomunicaciones se produce "si no se presta la citada colaboración", lo que, a sensu contrario, descarta tal traslación de responsabilidad en caso de si prestarse tal colaboración, es decir, que en caso de que el operador de telecomunicaciones si identifique al prestador audiovisual, no podría ser sancionado por la infracción del art. 76.5 LGT, pero sí podría ser sancionado por la del art. 77.30 LGT pues puso su red a disposición del prestador audiovisual que no tenía título habilitante para uso del espectro.

Pues bien, la sentencia recurrida considera compatible sancionar al operador de telecomunicaciones por ambos preceptos pues "La responsabilidad de la recurrente, de acuerdo con lo expuesto, está plenamente acreditada, en su condición de operador de red y su negativa a cumplimentar los requerimientos de información que le fueron presentados" a lo que añade más adelante que "hemos de ratificar el criterio de la Administración, en cuanto a la compatibilidad de los dos tipos de infracción por lo que la recurrente ha sido sancionada. Pues la realización de emisiones radioeléctricas, que comportan la indebida ocupación de un segmento del dominio público radioeléctrico -con independencia del servicio audiovisual que se prestase, por cuenta propia o ajena, y de su

contenido- con el consiguiente perjuicio para la implantación de los Planes de utilización del dominio público radioeléctrico y de la atribución de frecuencias, en libre concurrencia, constituye un tipo infractor (art. 76.5) que no es determinante ni condiciona la realización de tipo infractor del artículo 77.30, puesto que, si INGEST realizaba emisiones radioeléctricas por cuenta de otra persona o entidad, prestadora del servicio audiovisual, debió atender el requerimiento que se le hizo de identificar a ese supuesto prestador y presentar el contrato o contratos suscritos. Sin embargo, lejos atender ese requerimiento, ha ocultado y sigue haciéndolo la identidad de ese supuesto prestador, cuyo título habilitante no consta y no se pudo constatar por la Inspección".

La sentencia recurrida considera a la recurrente -operador de telecomunicaciones- responsable de la infracción del art. 76.5 LGT, porque lo está considerando autor de las emisiones radioeléctricas que causan perjuicio al desarrollo o implantación del Plan y al CNAF en aplicación del art. 74 b) LGT párrafo 2º y, es más, lo está considerando autor de las emisiones y responsable incluso aun cuando las emisiones no hubieran sido encargadas por un tercero pues véase que la sentencia recurrida, al afirmar que "[...] la realización de emisiones radioeléctricas, que comportan la indebida ocupación de un segmento del dominio público radioeléctrico -con independencia del servicio audiovisual que se prestase, por cuenta propia o ajena, y de su contenido- con el consiguiente perjuicio para la implantación de los Planes de utilización del dominio público radioeléctrico y de la atribución de frecuencias, en libre concurrencia, constituye un tipo infractor (art. 76.5)", está interpretando que, en cualquiera de los casos, es decir, siendo o no encargadas por un tercero las emisiones al operador de telecomunicaciones, éste sería el autor y responsable de la infracción tipificada en el art. 76.5 LGT .

En opinión de la parte recurrente tal interpretación es insostenible, pues es contraria al supuesto de determinación de responsabilidad previsto en el párrafo 2º del art. 74.b) LGT, ya que en la interpretación que hace la sentencia recurrida, aunque el operador de telecomunicaciones colaborase con la Administración e identificase el prestador audiovisual, el operador de telecomunicaciones seguiría siendo responsable de la infracción, que es justo lo contrario de lo que literalmente prevé dicho párrafo 2º del art. 74.b) LGT, en el que únicamente surge la responsabilidad "Si no se presta la citada colaboración [...]", es decir, únicamente si no se identifica al prestador audiovisual.

Pero, una vez que la sentencia recurrida considera que la recurrente, esto es, el operador de telecomunicaciones, es autor y responsable de la infracción del art. 76.5 (con independencia de que las emisiones fueran o no encargadas por un tercero), porque es él quien realiza materialmente con su red las emisiones radioeléctricas no autorizadas que perjudican el Plan y/o el CNAF, lo que resulta kafkiano, en criterio de dicha recurrente, es castigar al mismo sujeto, a la vez, también por la infracción del art. 77.30 LGT, es decir, sancionarle también por poner su red de comunicaciones electrónicas a disposición de un tercero que le encarga las mismas emisiones radioeléctricas no autorizadas que perjudican el Plan y/o el CNAF.

La Sentencia recurrida no entiende que las emisiones a las que se refiere el art. 76.5 LGT, son emisiones que también se realizan con una estación radioeléctrica que el operador de telecomunicaciones pone a disposición del prestador audiovisual que no posee título para uso de espectro, es decir, que en el caso de un prestador audiovisual que encarga emisiones radioeléctricas a un operador de telecomunicaciones, la conducta del art. 76.5 LGT lleva siempre implícita la conducta del art. 77.30 LGT, pues el operador de telecomunicaciones, para realizar las emisiones radioeléctricas, siempre necesita poner su red a disposición del prestador audiovisual que le encarga las emisiones, siendo ésta última la conducta del art. 77.30 LGT. Por tanto, las únicas posibilidades son: (i) sancionar al operador de telecomunicaciones por la infracción del art. 77.30 LGT y al prestador audiovisual por la infracción del art. 76.5 LGT cuando se ha identificado a éste último, o (ii) sancionar al operador de telecomunicaciones por la infracción del art. 76.5 LGT en caso de que el operador no hubiera identificado al prestador audiovisual, pero lo que no cabe bajo ningún concepto es sancionar doblemente al operador de telecomunicaciones tanto por la infracción del art. 77.30 LGT como también por la infracción del art. 76.5 LGT, que es lo que, incomprensiblemente considera ajustado a derecho la sentencia recurrida.

Para el caso en que el operador de telecomunicaciones sea requerido para que identifique al prestador audiovisual al que está prestando servicio sin título habilitante para uso de espectro y lo identifique, el legislador tiene prevista la infracción tipificada en el art. 77.30, pero si por el contrario no lo identifica, en virtud del art. 74 b) párrafo 2º, podrá trasladarse al operador de telecomunicaciones la responsabilidad del art. 76.5 LGT y considerársele autor de la misma, pero en ningún caso puede sancionársele por las dos infracciones a la vez, que es el error cometido por la Administración y por la sentencia aquí recurrida.

En el art. 77.30 LGT, el legislador está imponiendo al operador de telecomunicaciones una prohibición para evitar conductas de terceros (prestadores audiovisuales sin título), por lo tanto, si se sanciona a un operador por la infracción del art. 76.5 Ley 9/2014 es porque se le está considerando autor de las emisiones radioeléctricas sin autorización y, por ello, no se le puede sancionar también a la vez por incumplir una prohibición de evitar que terceros realicen esas emisiones sin autorización por las que él ha sido ya sancionado.

No se puede ser responsable en concepto de autor de una conducta, y a la vez ser también responsable por incumplir una prohibición que tiene como fin evitar la misma conducta por la que se ha recibido sanción como autor, o se es responsable por lo uno o por lo otro, pero resulta imposible serlo por ambos. La sentencia recurrida considera ajustada a derecho esta doble sanción, lo que sin duda vulnera el principio de legalidad sancionadora que

contiene el principio non bis in ídem, pues por un lado se le sancionó por la infracción muy grave del art. 76.5, por haber realizado por sí misma y con su propia red unas emisiones radioeléctricas no autorizadas y, a la vez, también como responsable de la infracción grave del art. 77.30, por haber puesto a disposición de un tercero su red para realizar esas mismas emisiones.

Considera que la conducta del operador de telecomunicaciones en el ilícito del art. 77.30 y en el ilícito del art. 76.5 es única, no varía y, en el caso que nos ocupa, por la misma conducta, el operador de telecomunicaciones recibió dos sanciones, dos castigos.

La parte recurrente entiende que entre el art. 77.30 y el art. 76.5, ambos de la LGT, existe un concurso de normas administrativas sancionadoras, pues un mismo hecho, una misma conducta, que en nuestro caso consiste en que el operador de telecomunicaciones, con su red de comunicaciones electrónicas, realice unas emisiones radioeléctricas no autorizadas que le encargó un tercero (prestador audiovisual) que perjudicaban el Plan y el CNAF, ha sido subsumida en ambos preceptos legales, habiendo recibido sanción por ambos.

En consecuencia, este concurso, ha de resolverse determinando la norma aplicable, lo que ha de tener lugar aplicando las reglas del artículo 8 del Código Penal, aplicadas por reiterada jurisprudencia del orden contencioso administrativo, siendo exponente de ello la sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2018, en cuyo fundamento jurídico tercero se pronuncia del siguiente modo:

"Llegados a este punto conviene traer a colación las afirmaciones que en relación con el concurso aparente de normas o de leyes efectuamos en nuestra sentencia de 22 de septiembre de 2011 (rec. cas. núm. 4289/2009) (ECLI: ES:TS:2011: 5949). Señalamos, concretamente, en aquella ocasión -en el FD 5 A) del pronunciamiento-, lo siguiente:

"Ciertamente, la cuestión de la tipificación de la conducta de la entidad recurrente admitía, como señala la Sentencia de instancia, dos soluciones distintas; pero únicamente en abstracto. Porque, es indudable que estamos ante lo que se califica en el ámbito del Derecho penal como un concurso de Leyes, concurso aparente, o conflicto aparente de Leyes, que concurre en aquellos casos en los que un determinado supuesto de hecho es lógicamente subsumible en varios preceptos, uno de los cuales, sin embargo, desplaza a los restantes". "[E]l llamado conflicto o concurso de normas -ha dicho la Sala Segunda de este Tribunal-, se produce cuando sobre un mismo supuesto de hecho recaen dos o más preceptos normativos en cuyas respectivas hipótesis es subsumible enteramente el supuesto en conflicto" [Sentencia de 22 de mayo de 2009 (rec. cas. núm. 10084/2008), FD Centésimo Cuadragésimo Cuarto]. La posibilidad, desde una perspectiva puramente lógica, de subsumir una conducta en más de una norma, sin embargo, debe ser solo aparente [Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2000 (rec. cas. núm. 1678/1999), FD Cuarto]. Desde un punto de vista jurídico, porque en última instancia solo una de las normas resulta aplicable, en la medida en que el desvalor que representa el comportamiento ilícito es abarcado íntegramente por uno de los preceptos concurrentes cuya aplicación excluye la de los demás". El "conflicto de normas -en efecto- debe resolverse con la aplicación de solo una de ellas, que excluya a las demás (razón por la que algunos hablan de aparente conflicto, ya que éste finalmente desaparece a favor de una sola norma)" (sentencia de 22 de mayo de 2009, cit., mismo FD).

Concurso de Leyes, en fin, cuyo fundamento general, según la mejor doctrina, radica, de un lado, en la idea de que el ordenamiento jurídico es un sistema exento de contradicción, y, de otro, en el principio ne bis in ídem (en este sentido, sentencia de 22 de mayo de 2009, cit., mismo FD), esto es, en el axioma de que no se puede castigar dos veces al mismo sujeto por el mismo hecho. Garantía de no ser sometido a bis in ídem, que, como es sabido, a pesar de su falta de mención expresa en el art. 25.1 de la Constitución española (CE), "integra el derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora (art. 25.1 CE)" (STC 2/2003, de 16 de enero , FJ 3; en el mismo sentido, SSTC 221/1997, de 4 de diciembre, FJ 3 ; 177/1999, de 11 de octubre, FJ 3 ; 229/2003, de 18 de diciembre , FJ 3), "dada su conexión con las garantías de tipicidad y de legalidad de las infracciones" (STC 2/2003, de 16 de enero , FJ 3; en parecidos términos SSTC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3 ; 150/1991, de 4 de julio, FJ 9 ; 204/1996, de 16 de diciembre , FJ 2) reconocidas en dicho precepto constitucional, y resulta aplicable también en el ámbito del Derecho administrativo sancionador [STC 2/2003, de 16 de enero , FJ 3 a)].

Este conflicto de leyes debe resolverse mediante la aplicación del principio genérico de especialidad, que se desglosa en una serie de reglas que, como es sabido, en la actualidad se contienen en el art. 8 CP , y que responden a una misma idea, a saber: la de que en caso de conflicto, la norma que se ajusta más exactamente al supuesto de hecho expresa de modo más complejo la valoración que del mismo efectúa el ordenamiento jurídico y prevalece sobre la que lo contempla de manera más vaga y abstracta. Las citadas reglas o criterios para determinar la única norma aplicable son los siguientes: a) el criterio de especialidad (lex specialis derogat lex generalis), en virtud del cual "[e]l precepto especial se aplicará con preferencia al general"; b) el criterio de la subsidiariedad, por el que "[e]l precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible"; c) el criterio de la consunción (lex consumens derogat lex consumpta), según el cual, "[e]l precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones

consumidas en aquél"; d) y, por último, el llamado criterio de alternatividad (también conocido como subsidiariedad o consunción relativas o impropias), que comporta que, en defecto de los criterios anteriores, "el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor"

Conviene aclarar que la circunstancia de que tales reglas se contengan en un precepto del CP y que la LGT no efectúe una expresa remisión al mismo no implica, sin embargo, que no deban emplearse en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, dado que el referido art. 8 del CP no viene más que a recoger criterios de interpretación para determinar la Ley o precepto legal aplicable que ya venían siendo asumidos por la doctrina penalista y aplicados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así lo ha puesto de manifiesto hace mucho la Sala Segunda de este Tribunal al señalar que "[e]l precepto penal [especial] ha de aplicarse con preferencia al general, como ya ha establecido paladinamente el número 1º del artículo 8º del Código Penal y venía ya antes recogiendo jurisprudencialmente cuando el artículo 68 del anterior Código Penal propugnaba un principio de alternatividad frente al cual tenía ya carácter preferente el de especialidad (sentencia de 25 de enero de 1990 y 20 de febrero de 1992)" [sentencia de 18 de marzo de 1997 (rec. cas. núm. 1004/1996), FD Primero].

En el caso que nos ocupa, en criterio de la parte recurrente, la aplicación de las mencionadas reglas lleva a la conclusión de que el concurso debió resolverse aplicando únicamente el tipo del art. 76.5 LGT y excluyendo la aplicación del art. 77.30 LGT, pues: (i) la infracción del art. 76.5 y su correspondiente sanción es más grave que la del art. 77.30, (ii) la infracción del art. 76.5 lleva inherente o incluye la conducta prevista en el art. 77.30 y (iii) la infracción del art. 76.5 es principal y especial respecto de la conducta prevista en el art. 77.30, pues éste contiene una mera prohibición para evitar la conducta principal y es subsidiario respecto a aquél como resulta de aplicar el art. 74 b) LGT como hemos visto antes, por tanto, la sanción impuesta por la infracción del art. 77.30 LGT debió ser anulada, manteniéndose únicamente la impuesta por la infracción del art. 76.5 LGT.

Por ello entiende la parte recurrente que la Sala, al resolver la cuestión de interés casacional que detectó la Sección de Admisión, ha de pronunciarse en el siguiente sentido:

- Existe un concurso de normas punitivas entre los artículos 76.5 y 77.30 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, que ha de resolverse aplicando el art. 76.5 y no el art. 77.30.

- No es compatible sancionar a una misma persona por la realización de emisiones radioeléctricas no autorizadas que vulneren o perjudiquen el desarrollo o implantación de lo establecido en los Planes de utilización del dominio público radioeléctrico o en el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias -artículo 76.5- por considerarla autor de las emisiones radioeléctricas sin autorización, y a la vez sancionarle como responsable de poner su red a disposición de un tercero que no tiene autorización para realizar las mismas emisiones radioeléctricas por la que ha sido sancionado -artículo 77.30-, porque el hacerlo supondría castigar a una misma persona dos veces por una sola conducta.

Y, en conclusión, considera que estando probado en la instancia que la recurrente es un operador de telecomunicaciones que, con su red de comunicaciones electrónicas, prestó servicio de red a un prestador audiovisual que no poseía título habilitante para uso del espectro radioeléctrico, cuyas emisiones radioeléctricas, según la Administración, perjudicaban el Plan y/o el CNAF, resulta incompatible sancionarle simultáneamente por la comisión de las infracciones del art. 77.30 y 76.5, ambos de la LGT, pues, de hacerlo, por una misma conducta se estaría considerando a un mismo sujeto como autor y responsable de las emisiones radioeléctricas no autorizadas que perjudican el Plan y/o el CNAF y, a la vez, como autor y responsable de poner su red a disposición de un tercero para la realización de esas mismas emisiones radioeléctricas.

En suma, a juicio de la parte recurrente la sentencia recurrida infringió el ordenamiento jurídico al considerar ajustada a derecho la doble sanción por las infracciones del art. 77.30 y 76.5 ambos de la LGT, aplicando incorrectamente los mismos, no apreciando el concurso existente entre dichos preceptos legales y vulnerándolos, además de vulnerar también el principio de legalidad sancionadora del art. 25.1 CE que contiene el principio non bis in ídem, por lo que, a criterio de dicha parte, procedería la estimación del presente recurso de casación, la revocación de la Sentencia recurrida, y la desestimación del recurso de apelación en su día interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo nº 12, en fecha 15 de junio de 2020 en el PO núm. 28/2018, la cual debe ser confirmada porque la misma si anuló correctamente la sanción impuesta por la infracción grave tipificada en el art. 77.30 LGT, que no es ajustada a derecho.

Finalizó la parte recurrente su escrito de interposición solicitando a la Sala que dicte sentencia que estime el recurso de casación, con imposición de costas a la Administración, revoque la sentencia recurrida y, en sustitución de la sentencia revocada, desestime el recurso de apelación interpuesto en su día contra la sentencia del Juzgado Central 12 de fecha 15 de junio de 2020, en el procedimiento 28/18, la cual ha de ser confirmada porque anuló correctamente la sanción impuesta por la infracción grave tipificada en el artículo 77.30 LGT, y todo lo anterior con la imposición de costas a la Administración en este recurso de casación.

Quinto.

Se dio traslado a la parte recurrida, para que manifestara su oposición, lo que verificó el abogado del Estado por escrito de 6 de febrero de 2022, en el que alegó que la sentencia impugnada resuelve el asunto concreto y considera que resulta perfectamente compatible la aplicación de los artículos 77.30 y 76.5 de la LGT. La sentencia impugnada no contiene ninguna declaración que de pie o permita deducir o suponer que afirme o declare que es compatible sancionar dos veces a un mismo sujeto por un mismo hecho o conducta, que es lo que quiere deducir la recurrente de una confusa y forzada interpretación de sus términos.

Las acciones que tipifican los artículos 77.30 y 76.5 de la LGT son diferentes y resultan perfectamente diferenciables. No existe ninguna interpretación de la sentencia que pueda considerarse contraria a las exigencias del principio que prohíbe sancionar dos veces la misma conducta sino pura aplicación de las previsiones legales que tipifican conductas diferentes, aunque puedan ser que imputables al mismo sujeto infractor.

Frente a lo que se pretende de contrario, la sentencia recurrida lo que dice con toda claridad es que "En definitiva hemos de ratificar el criterio de la Administración, en cuanto a la compatibilidad de los dos tipos de infracción por los que la recurrente ha sido sancionada. Pues la realización de emisiones radioeléctricas, que comportan la indebida ocupación de un segmento del dominio público radioeléctrico -con independencia del servicio audiovisual que se prestase, por cuenta propia o ajena, y de su contenido- con el consiguiente perjuicio para la implantación de los Planes de utilización del dominio público radioeléctrico y de la atribución de frecuencias, en libre concurrencia, constituye un tipo infractor (art. 76.5) que no es determinante ni condiciona la realización de tipo infractor del artículo 77.30, puesto que, si INGEST realizaba emisiones radioeléctricas por cuenta de otra persona o entidad, prestadora del servicio audiovisual, debió atender el requerimiento que se le hizo de identificar a ese supuesto prestador y presentar el contrato o contratos suscritos. Sin embargo, lejos atender ese requerimiento, ha ocultado y sigue haciéndolo la identidad de ese supuesto prestador, cuyo título habilitante no consta y no se pudo constatar por la Inspección".

La sentencia impugnada no afirma que, con independencia de quien realizase las emisiones, el mismo o un tercero sería autor y responsable de la infracción tipificada en el art. 76.5 de la LGT, sino que se circunscribe al caso enjuiciado- operador que da acceso a su red sin comprobar que el prestador tiene el debido título habilitante y además no lo identifica cuando es requerida para ello por la Inspección-.

El abogado del Estado sostiene que, a su juicio, no existe ningún concurso de normas sancionadoras que estén sancionando dos veces al mismo sujeto por una misma conducta y, por lo tanto, no existe problema alguno de compatibilidad entre las infracciones que tipifican los art.77.30 y 76.5 de la LGT .

La ley tipifica como infracción grave el incumplimiento o desatención de los deberes jurídicos que impone en su artículo 62.10 a los operadores que vayan a efectuar materialmente emisiones radio-eléctricas mediante el uso del dominio público radioeléctrico por encargo de otras personas o entidades y que consiste en el acceso o puesta a disposición de sus redes públicas de comunicaciones electrónicas a favor de entidades que no dispongan del correspondiente título habilitante para el uso del dominio público radioeléctrico.

En el caso del art. 77.30 en relación con el art. 62.10 de la LGT, se trata de una conducta que única y exclusivamente puede realizar y ser imputable a los operadores de telecomunicaciones, que es previa y por lo tanto no solo conceptualmente sino también temporalmente es diferente a la realización efectiva de las emisiones.

Por la misma razón, en este caso, el bien jurídico protegido no es el dominio público radioeléctrico (que en la tipificación de la infracción es un factor indiferente que ni siquiera se menciona), sino más bien el sistema organizado de las redes públicas de telecomunicaciones, cuyo uso ordenado se protege mediante la exigencia de que quienes accedan al mismo dispongan del correspondiente título habilitante.

Sin embargo, en el caso de la segunda de las infracciones sancionadas - artículo 76.5 de la LGT- la acción típica que la ley establece nada tiene que ver con la anterior, puesto que se produce en un momento en que se realizan de manera efectiva emisiones perturbadoras del espectro radioeléctrico, es decir, en un momento temporal posterior a la comprobación por parte de los operadores de que quienes pretendan acceder a las redes están debidamente habilitados para hacerlo.

Mantiene el abogado del Estado que, por tanto, puede decirse que la conducta infractora típica exige la concurrencia de dos elementos que son la realización de las emisiones y la vulneración o el perjuicio del desarrollo o implantación de lo establecido en los Planes de utilización del dominio público radioeléctrico o en el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias y ello con independencia de que las emisiones se realicen por quienes tengan o no un título habilitante para ejercer como operadores o prestadores de servicios de radiodifusión audiovisual, porque lo relevante es que no estén debidamente autorizadas para emitir en una frecuencia determinada sino que emitan de hecho en una frecuencia no autorizada y que por ello, precisamente, vulneren o perjudiquen el desarrollo o implantación de lo establecido en los Planes de utilización del dominio público radioeléctrico o en el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias.

El hecho de que la ley declare responsable solidario de la infracción al operador de telecomunicaciones que no colabora con la autoridad inspectora facilitando la identificación de la persona física o jurídica que realiza la actividad y que en base a tal circunstancia la ley considere fundadamente que participa de manera esencial en la conducta infractora, además de que nada tiene de relevante desde el punto de vista punitivo en cuanto que coopera activamente en la ejecución del ilícito mediante la puesta a disposición de su red y la ocultación de los autores

directos de las emisiones ilícitas por no autorizadas y distorsionadoras del espectro radioeléctrico (artículos 27 y 28 del Código Penal), no desdibuja la nítida diferenciación que existe entre las conductas infractoras que la LGT tipifica en sus artículos 76.5 y 77.30, ni permite sostener con fundamento la hipótesis sobre la que descansa la posición defendida en este recurso por la contraparte, en el sentido de que son acciones perfectamente diferenciadas y, por eso mismo, conductas respecto de las que -como dice la sentencia recurrida- no cabe albergar duda alguna de su posible compatibilidad.

Por todo ello, solicita el abogado del Estado a la Sala que dicte sentencia que resuelva este recurso por sentencia que lo desestime y confirme la sentencia recurrida.

Sexto.

Conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo el día 12 de septiembre de 2023, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La sentencia impugnada y los antecedentes del caso.

Se interpone por Infraestructuras y Gestión 2002 S.L. recurso de casación contra la sentencia de 7 de mayo de 2021, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso de apelación número 64/2020, que. i) estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo número 12, de 15 de junio de 2020, que anuló en cuanto estimó parcialmente el recurso de Infraestructuras y Gestión 2002 S.L. contra la resolución del Secretario de Estado para la Sociedad de la Información y Agencia Digital de 29 de enero de 2018, y ii) desestimó el recurso de apelación interpuesto por Infraestructuras y Gestión 2002 S.L. frente a la citada sentencia.

Hacemos una referencia a los antecedentes de la sentencia impugnada, para una mejor comprensión de las cuestiones planteadas en este recurso de casación.

Como antecedentes del caso, recogidos por resolución del Secretario de Estado para la Sociedad de la Información y Agencia Digital de 29 de enero de 2018 y por la sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo número 12, que no han sido alterados por la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional aquí recurrida, debe reseñarse que:

- El 20 de noviembre de 2014, funcionarios adscritos a la Jefatura Provincial de Inspección de Telecomunicaciones de Cáceres detectaron una emisión no autorizada en el canal 62 TDT, efectuada desde el polígono 16, parcela 367, de Montánchez Cáceres), en las coordenadas que se detallan en la resolución administrativa y sentencia de referencia.

- Los indicados funcionarios levantaron acta de inspección en la que identificaron a la ahora recurrente, Infraestructuras y Gestión 2002 S.L., como operador responsable de la explotación de la estación, que reconoció estar realizando las emisiones y prestando el servicio de red de telecomunicaciones electrónicas a un cliente prestador, a su vez, de servicios audiovisuales televisivos.

- Dicha emisión perjudicaba la implantación del Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrestre y del Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias, dado que el canal radioeléctrico utilizado (el canal 62), en la banda de frecuencias 790 a 862 MHz, se encontraba reservado para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, de acuerdo con el artículo 1 del citado Plan.

- Infraestructuras y Gestión 2002 S.L. no disponía de la preceptiva concesión de dominio público radioeléctrico, necesaria para emitir en el canal 62 de la TDT, y no aportó evidencia alguna de que dispusiera de ella la entidad por cuenta de la que hacía las emisiones.

- El 20 de enero de 2015, funcionarios adscritos a la Jefatura Provincial de Inspección de Telecomunicaciones de Cáceres constataron el cese de las emisiones.

- La resolución de 17 de febrero de 2016 del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información consideró que Infraestructuras y Gestión 2002 S.L. había cometido: i) una infracción muy grave recogida en el artículo 76.5 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones ("La realización de emisiones radioeléctricas no autorizadas que vulneren o perjudiquen el desarrollo o implantación de lo establecido en los Planes de utilización del dominio público radioeléctrico o en el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias"), por la que le impuso una multa de 35.000 euros, y ii) una infracción grave tipificada en el artículo 77.30 de la misma LGT ("La puesta a disposición de redes públicas de comunicaciones electrónicas a favor de entidades para que se realicen emisiones radioeléctricas cuando no se ostente el correspondiente título habilitante para el uso del dominio público radioeléctrico"), por la que le impuso una multa de 50.000 euros.

- El recurso de reposición de Infraestructuras y Gestión 2002 S.L. contra la anterior resolución fue desestimado por resolución del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, de 29 de enero de 2018.

- El recurso contencioso administrativo interpuesto por Infraestructuras y Gestión 2002 S.L. contra la anterior resolución fue estimado en parte por el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo número 12, de 15 de junio de 2012 (procedimiento ordinario 28/2018), que consideró improcedente castigar al recurrente por la infracción grave prevista en el artículo 77.30 LGT una vez lo había sido por la infracción muy grave del artículo 76.5 de la misma ley, pues ello supone castigar la misma conducta dos veces, con violación del principio ne bis in idem, por lo que anuló la resolución impugnada exclusivamente en cuanto a la imposición de la multa por la infracción grave tipificada en el artículo 77.30 de la LGT, manteniendo por tanto la conformidad a derecho de la multa por la infracción muy grave del artículo 76.5 LGT.

- Frente a dicha sentencia interpusieron recurso de apelación tanto Infraestructuras y Gestión 2002 S.L. como el abogado del Estado y la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en su sentencia de 7 de mayo de 2021 (apelación 64/2020), aquí impugnada, desestimó el recurso de apelación de Infraestructuras y Gestión 2002 S.L. y estimó el recurso de apelación del abogado del Estado, manteniendo el criterio -que ya había sostenido en sentencias anteriores- de que la realización del tipo infractor del artículo 76.5 LGT no impide que se pueda ser también responsable de la infracción del artículo 77.30 de la misma ley, pues las dos infracciones son perfectamente compatibles al tipificar incumplimientos distintos, por lo que revocó la sentencia apelada y confirmó la resolución administrativa que había declarado a Infraestructuras y Gestión 2002 S.L. responsable de las dos infracciones que se han indicado.

Segundo. *La cuestión de interés casacional y el precedente resuelto por la Sala.*

1.- Como hemos señalado en el antecedente de hecho tercero de esta sentencia el auto de la Sección 1ª de esta Sala, de 1 de diciembre de 2021, declaró que la cuestión de interés casacional para la formación de jurisprudencia que presenta este recurso consiste en determinar si existe un concurso de normas punitivas entre los artículos 76.5 y 77.30 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones; esto es, si imponer a la misma persona una sanción por cada una de las infracciones tipificadas en dichos preceptos supone o no castigar una sola conducta dos veces, o, precisando más, si es compatible sancionar a una misma persona por la realización de emisiones radioeléctricas no autorizadas que vulneren o perjudiquen el desarrollo o implantación de lo establecido en los Planes de utilización del dominio público radioeléctrico o en el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias (artículo 76.5) por considerarla autor de las emisiones radioeléctricas sin autorización, y a la vez sancionarle como responsable de poner su red a disposición de un tercero que no tiene autorización para realizar las mismas emisiones radioeléctricas por la que ha sido sancionado (artículo 77.30).

2.- Sobre una cuestión idéntica nos hemos pronunciado en nuestra sentencia 529/2022, de fecha 4 de mayo de 2022, recaída en el recurso de casación 1979/2021. Cabe señalar que entre el caso precedente y el presente caso la igualdad no se limita a los términos en los que se plantean las cuestiones de interés casacional por la Sección de Admisión, sino que la coincidencia entre ambos recursos se extiende también a las partes intervinientes en ambos recursos y sus representantes procesales y abogados, así como a las alegaciones y argumentos desarrollados en los respectivos escritos de interposición y oposición, por lo que, por razones de seguridad jurídica y unidad de doctrina, procede que reiteremos aquí los criterios expuestos en nuestro precedente pronunciamiento.

Tercero. *La posición de la Sala.*

Para resolver la cuestión que acabamos de exponer, la sentencia de esta Sala de 4 de mayo de 2022 antes reseñada efectuó las consideraciones que seguidamente se reproducen:

"El examen de esta cuestión exige analizar las infracciones cuestionadas:

a) En primer lugar y por lo que respecta al artículo 76 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, se tipifica como infracción muy grave: "[...] 5. La realización de emisiones radioeléctricas no autorizadas que vulneren o perjudiquen el desarrollo o implantación de lo establecido en los Planes de utilización del dominio público radioeléctrico o en el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias".

Se trata de proteger el dominio público radioeléctrico preservándolo de emisiones no autorizadas que perjudican el desarrollo o implantación de los Planes de utilización de este.

El responsable es la persona física o jurídica que realiza las emisiones (art. 74.b) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones), cuando carece del título habilitante para uso del espectro (ex. art 24.2 Ley 7/2010 y 62.5 Ley 9/2014).

Ahora bien, la propia Ley General de Telecomunicaciones contempla la posibilidad de que la entidad titular de los equipos e instalaciones sea distinta del que realiza las emisiones no autorizadas. En este caso, la Administración para poder sancionar al que realizó las emisiones puede solicitar la colaboración del operador de telecomunicaciones titular de las instalaciones para que lo identifique. El art. 74 b) párrafo segundo de la LGT, en estos casos, dispone que "Para identificar a la persona física o jurídica que realiza la actividad, se puede solicitar colaboración a la persona física o jurídica que tenga la disponibilidad de los equipos e instalaciones por cualquier título jurídico válido en derecho o careciendo de éste o a la persona física o jurídica titular de la finca o inmueble en donde se ubican los equipos e instalaciones. Si no se presta la citada colaboración de manera que dicha persona física o jurídica participa de manera esencial en la conducta infractora, se considerará que la misma es responsable de las infracciones cometidas por quien realiza la actividad. Esta responsabilidad es solidaria de la exigible a la persona física o jurídica que realiza la actividad". De modo que si no lo identifica le hace responsable de la infracción por entender que "participa de manera esencial en la conducta infractora".

b) En segundo lugar, el artículo 77.30 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones tipifica como infracción grave "La puesta a disposición de redes públicas de comunicaciones electrónicas a favor de entidades para que se realicen emisiones radioeléctricas cuando no se ostente el correspondiente título habilitante para el uso del dominio público radioeléctrico".

También en este caso se protege el dominio público radioeléctrico de emisiones no autorizadas si bien se sanciona la conducta del operador de telecomunicaciones que posee una red de comunicaciones electrónicas y la pone a disposición de un tercero que le encarga realizar emisiones radioeléctricas no autorizadas, es decir, emisiones "sin título habilitante para el uso del dominio público radioeléctrico".

Precepto que hay que ponerlo en relación con lo que establece el párrafo 2º del art. 62.10 LGT : "Los operadores que vayan a efectuar materialmente emisiones radioeléctricas mediante el uso del dominio público radioeléctrico por encargo de otras personas o entidades deberán verificar, previamente al inicio de dichas emisiones, que las entidades a cuya disposición ponen su red ostentan el correspondiente título habilitante en materia de uso del dominio público radioeléctrico. Dichos operadores no podrán poner a disposición de las entidades referidas su red y, en consecuencia, no podrán dar el acceso a su red a dichas entidades ni podrán efectuar las mencionadas emisiones en caso de ausencia del citado título habilitante."

En definitiva, en este caso el legislador, con la intención de evitar el uso no autorizado del espectro radioeléctrico impone a los operadores un deber consistente en verificar que los prestadores audiovisuales poseen el título habilitante para uso del espectro y, si no lo tienen, se prohíbe a los operadores poner su red a su disposición de aquellos.

A la vista de las infracciones y los preceptos concordantes citados, consideramos que no se puede sancionar a la entidad recurrente por ambas infracciones.

Resulta importante empezar por destacar que la infracción muy grave prevista en el art. 76.5 no tipifica y, por lo tanto, no castiga el no prestar la colaboración debida a la Administración, sino el realizar emisiones radioeléctricas no autorizadas. Dicha responsabilidad surge bien porque la emisión la realiza el operador de telecomunicaciones por sí mismo o bien porque pese a ser un tercero el autor material de las emisiones, el operador de telecomunicaciones, titular de las instalaciones desde las que se emite, se niega a identificar, pues en este último caso la norma le considera responsable por entender que "participa de manera esencial en la conducta infractora". En este último caso, se le hace responsable por lo que, en términos penales, se considera un cooperador necesario, en cuanto colabora con el autor material de la emisión de la actividad realizando una conducta sin la cual la infracción no se habría cometido. Debe recordarse que el Tribunal Supremo ha entendido que la colaboración necesaria se produce tanto cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho), circunstancias estas que concurren en el supuesto que nos ocupa. Sin olvidar, finalmente, que al cooperador necesario también se le considera autor, pues según dispone el artículo 28 del Código Penal también serán considerados autores "los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado".

En definitiva, si se le sanciona como responsable de realizar emisiones radioeléctricas no autorizadas -ya como autor material de dicha emisión ya como cooperador necesario de un tercero- no se le puede sancionar también por una infracción consistente en poner la red a disposición de un tercero para que se realicen emisiones radioeléctricas sin asegurarse de que dispone el correspondiente título habilitante. Y ello porque: a) si se considera que la actividad de emisión no autorizada la realizó materialmente el operador de telecomunicaciones no es posible sancionarle por permitir que dicha conducta la realice un tercero, ambas previsiones son incompatibles, se cometerá una o la otra pero no las dos simultáneamente; b) por el contrario, si se le sanciona por entender que es responsable de dicha emisión ilegal, en su consideración de cooperador necesario, por facilitar que un tercero no autorizado utilice su red, negándose a identificarle, dicha sanción ya subsume la segunda de las infracciones por las que se le sanciona- (poner la red a disposición de un tercero no autorizado) y, por lo tanto, son incompatibles, ya que en caso contrario se está sancionando dos veces al mismo sujeto por una misma conducta vulnerándose el principio non bis in idem."

Cuarto. *La respuesta a la cuestión de interés casacional.*

Reiteramos, por tanto, los criterios mantenidos en nuestra sentencia precedente, así como la respuesta dada por esta a la misma cuestión de interés casacional que ahora se plantea, en el sentido de considerar que no es compatible sancionar a la misma persona por la realización de emisiones radioeléctricas no autorizadas, que vulneren o perjudiquen el desarrollo o implantación de lo establecido en los Planes de utilización del dominio público radioeléctrico o en el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias - artículo 76.5 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones- y a la vez sancionarle como responsable de poner su red a disposición de un tercero que no tiene autorización para realizar las mismas emisiones radioeléctricas por la que ha sido sancionado - artículo 77.30 LGT-, porque implicaría castigar a una misma persona dos veces por la misma conducta.

Quinto. *La resolución del recurso.*

De conformidad con lo hasta aquí razonado, no cabe en el presente caso apreciar la comisión conjunta por la parte recurrente de las infracciones tipificadas en los artículos 76.5 y 77.30 LGT.

Nos encontramos, de conformidad con la tesis defendida por la parte recurrente, que es coincidente con los criterios seguidos en la sentencia de esta Sala de 4 de mayo de 2022 de reiterada cita en esta sentencia, ante lo que se califica en la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 22 de septiembre de 2011, casación 4289/2009 y 15 de octubre de 2018, casación 456/2017) como un concurso aparente o conflicto aparente de normas, en el que "un supuesto de hecho es lógicamente subsumible en varios preceptos, uno de los cuales, sin embargo, desplaza a los restantes [...] porque en última instancia, solo una de las normas resulta aplicable, en la medida en que el desvalor que representa el comportamiento ilícito es abarcado íntegramente por uno de los preceptos concurrentes cuya aplicación excluye la de los demás [...] Concurso de Leyes, en fin, cuyo fundamento general, según la mejor doctrina, radica, de un lado, en la idea de que el ordenamiento jurídico es un sistema exento de contradicción, y, de otro, en el principio ne bis in ídem, que [...] integra el derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora".

Como propone la parte recurrente, el conflicto de leyes debe resolverse mediante la aplicación del principio de especialidad expresado en las reglas que establece el artículo 8 del Código Penal, sin que el hecho de que las reglas del citado precepto del Código Penal se reiteren en la LGT sea un obstáculo para su aplicación, pues como dijimos en las sentencias que acabamos de citar, "el referido artículo 8 del Código Penal no viene más que a recoger criterios de interpretación para determinar la Ley o precepto legal aplicable que ya venían siendo asumidos por la doctrina penalista y aplicados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo."

Así, tal y como solicita la parte recurrente en el presente recurso de casación y como sostuvimos en nuestra precedente sentencia de 4 de mayo de 2022, aplicando las mencionadas reglas al caso que nos ocupa se alcanza la conclusión de que "el concurso debió resolverse aplicando únicamente el tipo del art. 76.5 LGT y excluyendo la aplicación del art. 77.30 LGT y, por lo tanto, sancionando por una infracción muy grave. Y ello porque se trata de la infracción más grave que al imputarle en concepto de partícipe necesario abarca la conducta prevista en el art. 77.30."

Por ello debe mantenerse la sanción impuesta por la infracción muy grave del art. 76.5 LGT y debe anularse por incompatible la sanción impuesta por la infracción grave del art. 77.30 LGT.

Procede, en consecuencia, la estimación de recurso de casación, con anulación de la sentencia impugnada, de fecha 7 de mayo de 2021, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso de apelación 64/2020 y desestimar los recursos de apelación interpuestos por la abogacía del Estado y por Infraestructuras y Gestión 2002 S.L. contra la sentencia dictada el 15 de junio de 2020 por el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo número 12 en el procedimiento ordinario 28/2018, que correctamente anuló la resolución administrativa sancionadora impugnada exclusivamente en cuanto a la sanción impuesta por la infracción grave tipificada por el artículo 77.30 LGT.

Sexto. *Costas*

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 93.4 LJCA, en cuanto a las costas del recurso de casación, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Tampoco procede la imposición de costas de ninguna de las instancias, de conformidad con el artículo 139 1 y 2 de la LJCA, al haberse estimado parcialmente el recurso contencioso administrativo formulado por la hoy recurrente y haberse desestimado íntegramente los recursos de apelación interpuestos por las dos partes.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1º.- Declarar haber lugar y, por tanto, estimar el presente recurso de casación 5223/2021, interpuesto por Infraestructuras y Gestión 2002 S.L. contra la sentencia de 7 de mayo de 2021, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso de apelación número 64/2020, que anulamos en lo relativo a la compatibilidad de las sanciones.

2º.- Desestimar los recursos de apelación interpuestos por la abogacía del Estado y por Infraestructuras y Gestión 2002 S.L. contra la sentencia dictada el 15 de junio de 2020 por el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo número 12 en el procedimiento ordinario 28/2018, que correctamente anuló la resolución administrativa sancionadora impugnada exclusivamente en lo concerniente a la sanción impuesta por la infracción grave tipificada por el artículo 77.30 LGT

3º.- Sin imposición de las costas de esta casación ni las de instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.