

tener un mensaje de obsequio totalmente gratis, que luego implica desembolsos económicos; actuación que es perfectamente subsumible en los tipos infractores señalados por la resolución combatida, pues no se puede negar que la actividad desarrollada crea cuando menos confusión e impide reconocer la verdadera naturaleza del servicio, y no cabe aludir a servicios adicionales, ni a la existencia de un marketing agresivo, para justificar la conducta transgresora, pues como consta en la propuesta de la resolución recurrida no se da siquiera opción al agraciado con el premio para gestionar por su cuenta la reserva, de donde resulta que la misma es un gasto inherente al premio que, por tanto, no se puede disfrutar de forma totalmente gratuita”.

Cuarto. De acuerdo con la graduación establecida en el artículo 36 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, las infracciones graves pueden ser sancionadas con multas de hasta dos millones y medio de pesetas. El principio de proporcionalidad, que rige el Derecho sancionador, exige que la aplicación de la sanción pecuniaria concreta se efectúe conforme a este principio, atendiendo al alcance de la antijuridicidad de la conducta contemplada y al reproche social que ésta merece, y en concreto a los parámetros que incorpora el artículo 10.2 del Real Decreto 1945/83 (volumen de ventas, cuantía del beneficio ilícito obtenido, efecto perjudicial de la infracción en los precios y el consumo, y el dolo, culpa y reincidencia), sin perjuicio de lo establecido en el artículo 7.2 del mismo Real Decreto. La resolución impugnada califica los hechos con el carácter de grave y, atendiendo a la infracción cometida, en relación con los múltiples afectados, la sanción impuesta se encuentra dentro de los márgenes establecidos en la normativa citada para las infracciones calificadas como graves, no existiendo, pues, desproporción en la misma.

Vistos los preceptos citados y normas de general y especial aplicación, resuelvo desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña Juliet F. Collins, en nombre y representación de la entidad Holiday Shop, S.L., contra la resolución del Ilmo. Sr. Delegado del Gobierno de la Junta de Andalucía en Málaga, de fecha 25 de febrero de 2002, recaída en el expediente sancionador núm. PC-547/01.

Contra la presente Resolución, que agota la vía administrativa, se podrá interponer recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación o publicación, ante los correspondientes órganos judiciales de este Orden, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. El Secretario General Técnico, P.S. El Viceconsejero (Orden de 27.6.2003) Fdo.: Sergio Moreno Monrové.»

Sevilla, 25 de septiembre de 2003.- El Jefe del Servicio, Manuel Núñez Gómez.

*ANUNCIO de la Secretaría General Técnica, Servicio de Legislación, por el que se notifica la resolución adoptada por el Secretario General Técnico al recurso de alzada interpuesto por doña Juliet F. Collins, en nombre y representación de Holiday Shop, SL, contra otra dictada por el Delegado del Gobierno en Málaga, recaída en el expediente 4/02.*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 59.5 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común e intentada sin efecto la notificación personal a la recurrente doña Juliet F. Collins en nombre y representación de «Holiday Shop, S.L.», de la resolución adoptada por el Secretario General Técnico, al recurso administrativo

interpuesto, contra la dictada por el Delegado de Gobierno de la Junta de Andalucía en Málaga, por la presente se procede a hacer pública la misma, al no haberse podido practicar en su domicilio reproduciéndose a continuación el texto íntegro.

Se le comunica que el expediente administrativo se encuentra en las dependencias del Servicio de Legislación de esta Secretaría General Técnica (Plaza Nueva, 4, Sevilla), pudiendo acceder al mismo previa acreditación de su identidad.

«En Sevilla, a 7 de julio de 2003.

Visto el recurso interpuesto y con fundamento en los siguientes

#### ANTECEDENTES

Primero. El Ilmo. Sr. Delegado del Gobierno de la Junta de Andalucía en Málaga dictó Resolución por la que se impuso a la entidad mercantil Holiday Shop, S.L., una sanción económica por un importe de tres mil seiscientos euros (3.600 €), al considerar probada la infracción administrativa prevista y calificada como grave y sancionable según los artículos 34.4, 34.6, 34.10 y 35 de la Ley 26/84, de 19 de julio General de Consumidores y Usuarios y artículos 3.1.3, 3.3.4, 7.2 y 6.4 del Real Decreto 1945/83, de 22 de junio, y ello en relación con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 34/88, de 11 de noviembre, General de Publicidad y artículos 2 y 8 de la Ley 26/84, de 19 de julio, General de Consumidores y Usuarios.

Segundo. En la referida Resolución se declararon como hechos probados que, de la documentación existente en las Reclamaciones, en la publicidad que la mencionada empresa hace del premio que otorga a los reclamantes, se señala de forma destacada que le han correspondido a cada uno de ellos, "Totalmente gratis una semana para 4 personas en un hotel de lujo y sin ninguna obligación por su parte de efectuar gasto alguno en el mismo". En realidad, para hacer efectivo el premio, se les exigía a los premiados abonar 15.000 ptas. en concepto de fianza y 4.000 ptas. en concepto de gastos de administración, calificándose esta publicidad como engañosa.

Tercero. Notificada la resolución la interesada interpuso recurso de alzada en el que alega, sucintamente:

1. Que la publicidad calificada de engañosa no lo era en absoluto pues el folletín publicitario recogía de forma repetida, clara y precisa la necesidad de consignar la suma de 15.000 ptas., en concepto de fianza reintegrable al finalizar la estancia no teniendo por tanto concepto de gasto y que las 4.000 ptas. se abonaban a la empresa como gastos de tramitación de la reserva de la estancia gratuita en la que consiste y que no existía peligrosidad o nocividad de la promoción; y que si los destinatarios del bono reserva no han podido disfrutar de la estancia ofertada se ha debido a causas a ellos imputables, y que Holiday Shop, S.L., haciendo gala de buena fe, procedió con anterioridad a devolver a los reclamantes las sumas entregadas por éstos.

2. Falta de proporcionalidad.

#### FUNDAMENTOS JURIDICOS

Primero. A tenor de lo dispuesto en el art. 114.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el art. 39.8 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma, el art. 4.2 del Decreto del Presidente 6/2000, de 28 de abril, sobre reestructuración de Consejerías, y el Decreto 138/2000, de 16 de mayo, por el que se aprueba la Estructura Orgánica

de la Consejería de Gobernación, modificado por los Decretos 373/2000, de 28 de julio, y 223/2002, de 3 de septiembre, resulta competente para la resolución del presente recurso de alzada el Excmo. Sr. Consejero de Gobernación.

Actualmente, de acuerdo con la Orden de la Consejería de Gobernación de 18 de junio de 2001, dicha competencia se encuentra delegada en el Secretario General Técnico (art. 3.4.a).

Segundo. Es necesario recordar el hecho por el que se sanciona: publicidad que la mencionada empresa hace del premio que otorga a los reclamantes, se señala de forma destacada que le han correspondido a cada uno de ellos, "Totalmente gratis una semana para 4 personas en un hotel de lujo y sin ninguna obligación por su parte de efectuar gasto alguno en el mismo". En realidad, para hacer efectivo el premio, se les exigía a los premiados abonar 15.000 ptas. en concepto de fianza y 4.000 ptas. en concepto de gastos de administración.

El artículo 4 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad dispone que "Es engañosa la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor.

Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios".

A la vista de lo anterior, ha de entenderse la existencia de publicidad engañosa, en relación con el art. 34, apartados 6 y 10 de la Ley 26/1984, de 19 de julio.

En efecto como dice la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia núm. 898/1998 Granada, Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 29 junio en recurso contencioso-administrativo núm. 3617/1994 nos dice que:

"En este punto hay que destacar que lo que se sanciona por la Administración es la publicidad engañosa. Para conocer qué se puede entender por ella, la Ley de Publicidad 34/1988, de 11 noviembre en sus artículos 4 y 5 describe con toda claridad, primero su concepto y luego los criterios para su apreciación. Así ... es engañosa la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios y para determinar si una publicidad es engañosa, se tendrán en cuenta todos sus elementos y principalmente sus indicaciones concernientes a: Las características de los bienes, actividades o servicios. Calidad, cantidad, categoría, especificaciones y denominación... Condiciones jurídicas y económicas de adquisición, utilización y entrega de los bienes o de la prestación de los servicios... Motivos de la oferta..."

Y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia núm. 435/1996 Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9.ª), de 22 mayo en recurso contencioso-administrativo núm. 1287/1993 establece que:

"En este precepto se contemplan dos aspectos de la publicidad: uno, referente a la información intrínsecamente considerada, y que comprende no sólo la información que se da a conocer sino, también, a su presentación; y, otra, que supone una información a medias, debido a la ocultación u omisión de datos del producto o servicio, objeto de la publicidad. Es decir, que la "publicidad engañosa" supone falta de veracidad de las características, en general, de un producto o servicio, bien porque no sea verdad, bien debido a que

no se dan a conocer datos fundamentales de dicho producto o servicio.

Junto a este requisito "objetivo", el precepto exige una condición subjetiva, cual es la de que la "publicidad" de esas características induzca o pueda inducir a error a sus destinatarios.

En este sentido, la Jurisprudencia tiene declarado que «la verdad publicitaria ha de interpretarse más que en riguroso significado metafísico en función del objeto o finalidad publicitaria, para evitar creaciones de publicidad faltas de verdad o deformadas o concebidas en términos inspiradores en el sujeto destinatario de errores sobre aspectos del producto» (STS, Sala 3.ª, 2 de febrero de 1974).

De idéntico interés es la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. Tres de Málaga, de fecha 6 de octubre de 2000, recaída en el recurso contencioso administrativo núm. 226/2000, en el que la parte demandante resulta ser la misma empresa aquí recurrente, y que por su interés parcialmente transcribimos: "En las alegaciones presentadas al notificarle la incoación, dicha actora manifiesta que "se le informó -se refiere a la reclamante- por el personal de dichas promotoras (...) de que le correspondía el alojamiento gratuito durante una semana para cuatro personas en un apartamento de lujo, así como del requisito de satisfacer una cantidad de 19.000 pesetas..."; añadiendo que "la peculiar naturaleza de este obsequio obliga a quien pretenda disfrutar de él, a formalizar, una reserva de la estancia ofrecida..., de cuya tramitación se encargará, por cuenta del cliente, Holiday Shop, S.L., "toda la labor de gestión... hace que Holiday Shop, S.L. exija del cliente una cantidad de 4.000 pesetas...", "el obsequio es totalmente gratuito", pero la tramitación de la reserva "constituye un gasto adicional e independiente del obsequio en sí", "... el obsequiado consignará al formalizar su aceptación 19.000 pesetas", de las cuales 15.000 pesetas corresponden a fianza y 4.000 pesetas a la compensación de costes surgidos".

"Por lo expuesto y actuado en el expediente se aprecia claramente que la actora realizó una actividad en el caso enjuiciado que induce o puede inducir a error a sus destinatarios, luego la publicidad es engañosa, pues no otro significado puede tener un mensaje de obsequio totalmente gratis, que luego implica desembolsos económicos; actuación que es perfectamente subsumible en los tipos infractores señalados por la resolución combatida, pues no se puede negar que la actividad desarrollada crea cuando menos confusión e impide reconocer la verdadera naturaleza del servicio, y no cabe aludir a servicios adicionales, ni a la existencia de un marketing agresivo, para justificar la conducta transgresora, pues como consta en la propuesta de la resolución recurrida no se da siquiera opción al agraciado con el premio para gestionar por su cuenta la reserva, de donde resulta que la misma es un gasto inherente al premio que, por tanto, no se puede disfrutar de forma totalmente gratuita".

Respecto a la alegación de que no existía peligrosidad o nocividad de la promoción, y que Holiday Shop, S.L., haciendo gala de buena fe, procedió con anterioridad a devolver a los reclamantes las sumas entregadas por éstos, no altera en modo alguno la tipificación de los hechos; en el derecho administrativo sancionador rige el principio de culpabilidad, recogido como uno de los inspiradores de la potestad sancionadora por el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, si bien hay que matizar respecto a dicha afirmación que para responder de las infracciones administrativas basta que las personas que sean responsables de las mismas lo sean aun a título de simple inobservancia (además de por dolo, culpa o negligencia): "Sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurí-

dicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia”.

Tercero. De acuerdo con la graduación establecida en el art. 36 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, autoriza para las infracciones leves multa de hasta 500.000 ptas. y para las infracciones graves multa de hasta 2.500.000 ptas.; el principio de proporcionalidad, que rige el Derecho sancionador, exige que la aplicación de la sanción pecuniaria concreta ha de efectuarse conforme a este principio, atendiendo al alcance de la antijuridicidad de la conducta contemplada y al reproche social que ésta merece, y en concreto a los parámetros que incorpora el art. 10.2 del R.D. 1945/83 (volumen de ventas, cuantía del beneficio ilícito obtenido, efecto perjudicial de la infracción en los precios y el consumo, y el dolo, culpa y reincidencia), sin perjuicio de lo establecido en el art. 7.2 del mismo Real Decreto; la resolución impugnada califica los hechos con el carácter de grave. Atendiendo a la infracción cometida, en relación con los múltiples afectados, la sanción impuesta se encuentra dentro de los márgenes establecidos en la normativa citada para las infracciones calificadas como graves, no existiendo pues desproporción en la misma.

Vistos los preceptos citados y normas de general y especial aplicación,

#### RESUELVO

Desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña Juliet F. Collins, en nombre y representación de Holiday Shop, S.L., contra la Resolución del Ilmo. Sr. Delegado del Gobierno de la Junta de Andalucía en Málaga en el procedimiento sancionador núm. 4/02, y en consecuencia, confirmar íntegramente la sanción impuesta a Holiday Shop, S.L., por importe de tres mil seiscientos euros (3.600 €).

Contra la presente resolución, que agota la vía administrativa, se podrá interponer recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación o publicación, ante los correspondientes órganos judiciales de este orden, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. El Secretario General Técnico, P.S., El Viceconsejero (Orden de 27.6.2003). Fdo: Sergio Moreno Monrové.»

Sevilla, 25 de septiembre de 2003.- El Jefe del Servicio, Manuel Núñez Gómez.

*ANUNCIO de la Secretaría General Técnica, Servicio de Legislación, por el que se notifica la resolución adoptada por el Secretario General Técnico al recurso de alzada interpuesto por don Antonio García Torre, en nombre y representación de Promociones Ferrromán 96, SL, contra otra dictada por el Delegado del Gobierno en Málaga, recaída en el expediente PC-359/01.*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 59.5 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común e intentada sin efecto la notificación personal al recurrente don Antonio García Torre en nombre y representación de «Promociones Ferrromán 96, SL», de la Resolución adoptada por el Secretario General Técnico, al recurso administrativo interpuesto, contra la dictada por el Delegado de Gobierno de la Junta de Andalucía en Málaga, por la presente se procede a hacer pública la misma, al no haberse podido practicar en su domicilio reproduciéndose a continuación el texto íntegro:

Se le comunica que el expediente administrativo se encuentra en las dependencias del Servicio de Legislación de esta Secretaría General Técnica (Plaza Nueva, 4, Sevilla), pudiendo acceder al mismo previa acreditación de su identidad.

«En la ciudad de Sevilla, a 25 de junio de 2003

Visto el recurso de alzada interpuesto y sobre la base de los siguientes antecedentes

Primero. La Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía en Málaga dictó la Resolución de referencia, por la que se impone a la entidad una sanción de doscientas mil pesetas (200.000 ptas.) o mil doscientos dos euros (1.202,02 €), tras la tramitación del correspondiente expediente sancionador, porque de la documentación existente tras reclamación de consumidora se desprende que tras firma de contrato de compraventa de vivienda y aparcamiento en el edificio “Paseo del Coto” estableciendo la memoria de calidades que tendrán tendido todas las viviendas, siendo que el piso 3.º B del portal 1, objeto contractual, queda desprovisto de él al eliminarse la ventana del salón comedor, produciendo un perjuicio a la compradora que da lugar a la responsabilidad de la vendedora.

Además en el contrato se introducen tres cláusulas abusivas:

- a) Los gastos correspondientes a la garantía de las cantidades entregadas a cuenta se hacen recaer sobre la compradora.
- b) La imposición por la vendedora de fedatario público, haciendo renunciar a la compradora del derecho que le asiste para su elección.
- c) El establecimiento de una pérdida del 20% para la compradora por incumplimiento contractual, sin contemplar la indemnización, por una cantidad equivalente, en caso de incumplimiento de la vendedora.

Tales hechos se califican con carácter leve sancionable en los arts. 34.4, 34.9 y 35 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, y arts. 3.1.3 y 6.4 del Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, y ello en relación a lo dispuesto en el artículo 26 de la citada Ley, al establecer que las acciones u omisiones de los que faciliten o suministran productos a los consumidores causantes de daños o perjuicios a estos, darán lugar a la responsabilidad de aquellos, y en la Disposición Adicional primera añadida a la Ley 26/1984 por la ley 7/98, que establece que serán abusivas las cláusulas siguientes: a) en su apartado V.22, la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por Ley imperativa corresponda al profesional (en relación a la garantía de las cantidades entregadas a cuenta; b) en su apartado V.27, la renuncia al derecho del consumidor a la elección de fedatario público (en relación a la imposición por la vendedora de dicho fedatario) y c) en su apartado III.16, la retención de cantidades abonadas por el consumidor por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el profesional (en relación a la pérdida del 20% para la compradora por incumplimiento contractual).

Segundo. Contra la anterior Resolución la recurrente interpuso recurso de alzada, alegando, en síntesis que:

- Que respecto a la inclusión en el contrato de compraventa de tres cláusulas abusivas se debió a un error de la asesoría jurídica de la empresa, como ya se expresó en el escrito de 13 de septiembre de 2001.