

## RESUELVO

Desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña Marta Patricia Sánchez Manso, en representación de "Phone Warehouse, S.L.", contra la Resolución del Delegado del Gobierno de la Junta de Andalucía en Jaén recaída en el expediente núm. 23-000205/07-P (SL/RM/2008-55-227), y en consecuencia mantener en sus propios términos la resolución impugnada.

Notifíquese a la interesada, con indicación de los recursos que procedan. La Secretaria General Técnica. Fdo.: Isabel Liviano Peña.»

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 29/98, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Sevilla, 6 de marzo de 2009.- El Jefe de Servicio de Legislación, Manuel Núñez Gómez.

*ANUNCIO de 6 de marzo de 2009, de la Secretaría General Técnica, por el que se notifica la Resolución adoptada al recurso de alzada, recaída en el expediente que se cita.*

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 doña Marta Patricia Sánchez Manso, en nombre y representación de Phone Warehouse, S.L., de la resolución adoptada por el Secretario General Técnico, al recurso administrativo interpuesto, contra la dictada por el Delegado del 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 10 de diciembre de 2008.

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

Primero. El Delegado del Gobierno de la Junta de Andalucía en Málaga dictó la Resolución de referencia, por la que se le impone una sanción de 8.000 €, tras la tramitación del correspondiente expediente, por no disponer de libro de hojas de reclamaciones y por introducir cláusulas abusivas en los contratos.

En cuanto a los fundamentos de derecho, nos remitimos a la resolución impugnada en aras del principio de economía procesal.

Segundo. Contra la anterior Resolución se interpuso recurso de alzada en el que, en síntesis, se alegó:

- La Administración ha obrado de forma sistemática.
- La cláusula no es abusiva.
- La sanción es excesiva.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Es competente para resolver el presente recurso la Consejera de Gobernación a tenor de lo dispuesto en los artículos 26.2.j) y 115.1 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (en adelante, LAJA), en relación con el Decreto 191/2008, de 6 de mayo, por el que se aprueba la estructura orgánica de la Consejería de Gobernación.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 101 y 102 de la LAJA, la resolución la adopta la Secretaria General Técnica por delegación de la Consejera realizada por la Orden de 30 de junio de 2004 (BOJA núm. 140, de 19 de julio).

Segundo. Dos son las infracciones que se han sancionado en el presente procedimiento, una por carecer de libro de hojas de reclamaciones y la otra por introducir cláusulas abusivas imponiendo un determinado arbitraje.

En cuanto a la primera de ellas, el artículo 5.1 del Decreto 171/1989, de 11 de julio, por el que se regulan las hojas de quejas y reclamaciones de los consumidores y usuarios en Andalucía, establece que para formular la queja o reclamación en su establecimiento el consumidor o usuario, podrá, en cualquier momento, disponer de una hoja de «quejas/reclamaciones» para cumplimentarla. Girada visita de inspección el 7 de junio de 2006, se pudo comprobar que el establecimiento inspeccionado no lo tenía, por lo que la infracción no admite dudas. Lo que tendría que haber hecho antes de que se le terminaran las hojas era haber pedido un nuevo libro y no esperar a que se agotaran. El hecho de que un inspector hubiera acudido días después a comprobar si ya lo tenían no hace que ese día estuviera infringiendo.

Tercero. Sobre el carácter abusivo de la cláusula de sometimiento al arbitraje de AEDE, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de octubre de 2003 decía textualmente:

Examinado el caso de autos en el que una empresa de distribución de telefonía móvil y la Asociación promueven la ejecución de un laudo arbitral emitido por la segunda, desde dos prismas fundamentales debe ser confirmado el auto apelado, amén del pronunciamiento judicial que necesaria y consecuentemente deberá completar esta Resolución.

(..) se desprende que la Asociación que designa a los árbitros que han de emitir los laudos, y que no exige provisión de fondos a las personas que verifican su reclamación ante ella, ha asesorado previamente a las empresas de telefonía móvil que a ella posteriormente se dirigen, atendiendo la AEADE exclusivamente a sus intereses.

Ello se desprende tanto de la utilización del sello de dicha Asociación en los contratos promocionales de telefonía móvil, únicos –que sepamos– en los que consta la designación de la Asociación como institución arbitral, como del sentido estimatorio de los laudos, en los que se destaca en su fundamentación los graves daños y perjuicios que los incumplimientos de los consumidores producen a las pequeñas y medianas empresas de telefonía móvil habida cuenta su pequeña cuantía y la “imposibilidad de hecho de acudir a la justicia ordinaria por los costes que ésta comporta” de modo que, introduciendo la cláusula arbitral en los contratos, los pequeños litigios se derivan hacia la Asociación que procede a determinar los incumplimientos, a señalar las oportunas indemnizaciones y también a cargar al reclamado con los gastos del arbitraje (...).

La AEADE carece de la imparcialidad que debe presumirse de la institución arbitral a la que la utilización de tales métodos pervierte (...).

La cláusula arbitral, en la medida en que se encuentra inserta como condición general en contratos de adhesión celebrados con consumidores (no se niega tal condición en los demandados por la apelante, a pesar de que se introduzca

extemporáneamente esta cuestión en el escrito formulando alegaciones de fecha 6.10.2003, amen de resultar en nuestro derecho patrio más amplio el concepto de consumidor que la mera referencia a la persona física ex art. 1 de la LGDCU es nula de pleno derecho y por tanto debe tenerse por no puesta según el art. 10 bis de la Ley antes citada.

En el elenco de cláusulas consideradas nulas por abusivas se cita expresamente en el número 26.<sup>a</sup>.

“La sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico”.

Entiende la Sala que es clara la aplicación de tal precepto en el caso que nos ocupa, en la medida en que:

a) La cláusula no ha sido negociada individualmente pues el contrato es un impreso de la empresa distribuidora de telefonía móvil y en él aparece la cláusula arbitral formando parte del mismo, siendo la misma en todos los casos por lo que reúne el carácter de condición general.

b) La remisión al arbitraje no es obviamente a una institución pública como son las Juntas de Consumo a las que se refiere el art. 31 de la LGDCU sino a una asociación de carácter privado que además ha asesorado previamente a la empresa oferente o predisponente.

c) La cláusula perjudica claramente a los intereses del consumidor y el justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes (...).

No parece pues discutible que la cláusula perjudica al consumidor en beneficio del predisponente.

Sobre que la cláusula fue negociada individualmente, en el folio 8 del expediente obra el contrato tipo (no un contrato concreto, sino el que se suministró en la inspección sin rellenar) que incluye en su punto 3 los “mecanismos de solución de conflictos” y por detrás el convenio arbitral, por lo que no se trata de una cláusula de un contrato de adhesión, como lo define la sentencia de 25 de marzo de 2008 del Juzgado de los Contencioso-Administrativo Núm. Tres de Málaga: la calificación del contrato que nos ocupa es de contrato de adhesión, entendiéndose por tal aquél en que la esencia del mismo y sus cláusulas han sido predispuestas por una parte e impuestas a la otra sin que ésta tenga la posibilidad de negociar, hacer contraofertas ni modificarlas, sino simplemente aceptar o no.

Cuarto. En cuanto a la cuantía de la sanción, el artículo 74 de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de defensa y protección de los consumidores y usuarios de Andalucía, permite para las infracciones graves la imposición de multas entre 5.001 y 30.000 euros y para las leves entre 200 y 5.000 euros. La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2002 nos señala que no es siempre posible cuantificar, en cada caso, aquellas sanciones pecuniarias a base de meros cálculos matemáticos y resulta, por el contrario, inevitable otorgar (...) un cierto margen de apreciación para fijar el importe de las multas sin vinculaciones aritméticas a parámetros de “dosimetría sancionadora” rigurosamente exigibles. En este caso, tanto la de 7.500 euros como la de 500 euros están más cerca del límite inferior que del superior de las posibles y justificadas en la propuesta de resolución, por lo que no procede su revisión.

Vistos los preceptos citados, y demás disposiciones concordantes y de general aplicación,

#### RESUELVO

Desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña Marta Patricia Sánchez Manso, en representación de Phone Warehouse, S.L., contra la resolución del Delegado del Gobierno de la Junta de Andalucía en Málaga, de fecha referenciada, y en consecuencia mantener la misma en sus propios términos.

Notifíquese al interesado con indicación de los recursos que procedan. La Secretaria General Técnica. Fdo.: Isabel Liviano Peña.»

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 29/98, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Sevilla, 6 de marzo de 2009.- El Jefe de Servicio de Legislación, Manuel Núñez Gómez.

*ANUNCIO de 6 de marzo de 2009, de la Secretaria General Técnica, por el que se notifica la Resolución adoptada al recurso de alzada, recaída en el expediente que se cita.*

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 doña Marta Patricia Sánchez Manso, en nombre y representación de Phone Warehouse, S.L., de la Resolución adoptada por el Secretario General Técnico, al recurso administrativo interpuesto, contra la dictada por el Delegado del Gobierno de la Junta de Andalucía en Sevilla, 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 Secretaria General Técnica (Plaza Nueva, 4, Sevilla), pudiendo acceder al mismo previa acreditación de su identidad.

«En la ciudad de Sevilla, a 17 de diciembre de 2008

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

Primero. El Delegado del Gobierno de la Junta de Andalucía en Sevilla dictó la Resolución de referencia, por la que se le impone una sanción de 200 €, tras la tramitación del correspondiente expediente, por obstrucción a la inspección.

En cuanto a los fundamentos de derecho, nos remitimos a la Resolución impugnada en aras del principio de economía procesal.

Segundo. Contra la anterior Resolución se interpuso recurso de alzada en el que, en síntesis, se alegó que se había contestado a la reclamante, y si no se contestó a la Administración fue por un defecto de organización.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Es competente para resolver el presente recurso la Consejera de Gobernación a tenor de lo dispuesto en los artículos 26.2.j) y 115.1 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (en adelante, LAJA), en relación con el Decreto 191/2008, de 6 de mayo, por el que se aprueba la estructura orgánica de la Consejería de Gobernación.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 101 y 102 de la LAJA, la resolución la adopta la Secretaria General Técnica por delegación de la Consejera, realizada por la Orden de 30 de junio de 2004 (BOJA núm. 140 de 19 de julio).