

## RESUELVO

Desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña Dolores Cazalla Muñoz contra la Resolución de la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía en Córdoba recaída en el expediente 12/01, y en consecuencia mantener la misma en sus propios términos.

Notifíquese al interesado, con indicación de los recursos que procedan. El Secretario General Técnico. Fdo.: Rafael Cantueso Burguillos.»

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 art. 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Sevilla, 1 de octubre 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 Fernández Barrientos, en nombre y representación de Terra Mítica Vacaciones, SA contra otra dictada por el Delegado del Gobierno en Málaga, recaída en el expediente PC-549/01.*

De conformidad con lo dispuesto en el art. 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 Fernández Barrientos en nombre y representación de «Terra Mítica Vacaciones, S.A.», 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 once de junio de dos mil tres.

Visto el recurso de alzada interpuesto, y en base a los siguientes

## ANTECEDENTES

Primero. El día 29 de septiembre de 2001 el Ilmo. señor Delegado del Gobierno de la Junta de Andalucía en Málaga acordó la iniciación de expediente sancionador contra la entidad Terra Mítica Vacaciones, S.A. por posible publicidad engañosa porque la mencionada empresa hace parecer que a quienes son agraciados con un premio de forma destacada que le han correspondido a cada uno de ellos una semana para 4 personas en un hotel de lujo y sin ninguna obligación por su parte de efectuar gasto alguno en el mismo, cuando en realidad, para hacer efectivo el premio, se les exige a los premiados abonar 15.000 ptas. en concepto de fianza y 4.000 ptas. en concepto de gastos de administración.

Segundo. Tramitado el expediente en la forma legalmente prevista, el 25 de febrero de 2002 dictó Resolución por la que se impone a la citada entidad una sanción de 1.202 euros por

infracción a los arts. 34.4, 6 y 10 de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios y 3.1.3, 3.3.4 y 7.1 y 2 del RD 1945/1983, de 22 de junio, por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria en relación con el 4 y 5.1 y 4 de la Ley General de la Publicidad.

Tercero. Contra la anterior Resolución el interesado interpuso recurso de alzada, alegando en síntesis:

- No indujo a error a los destinatarios de su publicidad.
- La reclamante recibió el dinero conforme estaba previsto.
- La sanción es excesiva.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Esta Secretaría General Técnica es competente, por delegación del Consejero realizada por la Orden de 18 de junio de 2001, para conocer y resolver el presente recurso, a tenor de lo dispuesto en los arts. 114.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAP-PAC), y 39.8 de la Ley del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en relación con el Decreto del Presidente 6/2000, de 28 de abril, sobre reestructuración de Consejerías, el Decreto 138/2000, de 16 de mayo, por el que se aprueba la estructura orgánica de la Consejería de Gobernación, modificado por Decreto 373/2000, de 16 de mayo.

Segundo. Lo primero que debe ponerse de relieve en este caso es que del procedimiento sancionador seguido se deduce la identidad de modus operandi, domicilio y órganos sociales de la entidad hoy recurrente con Holiday Shop, S.L., objeto de varios expedientes ya resueltos por esta Consejería, por lo que las argumentaciones son coincidentes, por lo que es de aplicación la doctrina del «levantamiento del velo», ampliamente asentada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la fundamental sentencia de 28 de mayo de 1984 en sentencias como las de 12 de febrero de 1993, 11 de noviembre y 1 de diciembre de 1995 y 10 de diciembre de 1997, uno de cuyos considerandos decía:

“Que ya, desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (arts. primero, 1 y noveno, 3), se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (art. séptimo, 1, del Código Civil), la tesis y práctica de penetrar en el «substratum» personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (art. sexto, 4, del Código Civil), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar («levantar el velo jurídico») en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. séptimo, 2 del Código Civil), lo cual no significa –ya en el supuesto del recurso– que haya de soslayarse o dejarse de lado la personalidad del ente gestor constituido en sociedad anónima sujeta al Derecho privado, sino sólo constatar, a los efectos de tercero de buena fe (la actora y recurrida perjudicada), cual sea la auténtica y «constitutiva» personalidad social y económica de la misma, el substrato real de su composición personal (o institucional) y negocial, a los efectos de la determinación de su responsabilidad «ex contractu» o aquiliana, porque, como se ha dicho por la doctrina extranjera, «quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independientes» y menos «cuando el control social efectivo está en manos de una sola persona, sea directamente o a través de testaferros o de otra sociedad», según la doctrina patria».

Tercero. Es necesario recordar el hecho por el que se sanciona que en la publicidad que la mencionada empresa hace del premio que otorga a los reclamantes señala de forma destacada que le han correspondido totalmente gratis una estancia para cuatro personas en un hotel de lujo y sin ninguna obligación por su parte de efectuar gasto alguno en el mismo, cuando en realidad, para hacer efectivo el premio, se les exige a los premiados abonar 15.000 ptas. en concepto de fianza y 4.000 ptas. en concepto de gastos de administración.

El art. 4 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad dispone: «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».

Como dice la sentencia núm. 898/1998 de la Sala en Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 29 de junio:

“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 de noviembre en sus arts. 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...”

De enorme interés es la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 3 de Málaga, de fecha 6 de octubre de 2000, recaída en el recurso contencioso-administrativo núm. 226/2000, 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 apartahotel 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 adicio-

nales, 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”.

Como veíamos anteriormente, la entidad recurrente y la sancionada en esta sentencia es la misma, con lo que es plenamente aplicable la doctrina contenida en la misma.

Cuarto. Respecto al que la reclamante recibió el dinero entregado, consta el expediente que, tras presentarse la reclamación el 17 de mayo de 2001 (folio 2 del expediente), ocho días después de la aceptación de la oferta por la reclamante (folio 8), por la recurrente se procedió a reintegrar a la afectada la cantidad de 15.000 ptas., cantidad que correspondía a la entregada en su día en concepto de fianza, el 26 de junio (folio 12). Es decir, ha sido la intervención de la Administración y no su propia iniciativa la que ha hecho que devolviera la cantidad reclamada.

Quinto. En cuanto a la cuantía de la sanción, la Ley permite para este tipo de infracciones calificadas graves la imposición de multas de hasta 2.500.000 pesetas (15.025,30 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, la sanción de 1.202 euros está más cerca del límite inferior que del superior (15.025,30) de las posibles, por lo que no procede su revisión.

Vistas las normas citadas, y demás disposiciones concordantes y de general aplicación,

#### R E S U E L V O

Desestimar el recurso de alzada interpuesto por don Antonio Fernández Barrientos, en representación de Terra Mítica Vacaciones, S.A., contra Resolución de la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía en Málaga, y en consecuencia mantener la misma en sus propios términos.

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 art. 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. El Secretario General Técnico, Rafael Cantueso Burguillos.»

Sevilla, 1 de octubre 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 Frances Collins, en nombre y representación de Holiday Shop, SL contra otra dictada por el Delegado del Gobierno en Málaga, recaída en el expediente PC-195/01.*

De conformidad con lo dispuesto en el art. 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 doña Juliet Frances Collins en nombre y representación de «Holiday