

la propia actividad de la empresa, tiene la obligación de conocer y asegurarse de que se cumplen todos los requisitos legales para la obtención de las pertinentes autorizaciones. Además, como expresamente reconoce, se estaba a la espera del cambio de titularidad en la licencia municipal de apertura, lo que induce a pensar que se intentaba salvar el escollo de la falta de actualización de esta licencia.

La determinación de la cuantía de la sanción se ha efectuado a la vista de las circunstancias que concurren y teniendo en cuenta que su importe podría oscilar entre los 601,02 euros y los 30.050,61 euros, establecido para las infracciones graves, la fijación en 3.000 euros resulta adecuada.

Por todo ello, vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación

RESUELVO

Desestimar el recurso interpuesto por doña Carmen Montero Rosado, en nombre y representación de Juegos Monros, S.L., contra la resolución del Sr. Delegado del Gobierno de la Junta de Andalucía en Cádiz, recaída en expediente CA-134/03-MR, confirmándola a todos los efectos.

Notifíquese la presente resolución al interesado con indicación de los recursos que caben contra ella. 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 artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Sevilla, 1 de septiembre de 2005.- El Jefe del Servicio, Manuel Núñez Gómez.

ANUNCIO del Servicio de Legislación de la Secretaría General Técnica, por el que se notifica la Resolución adoptada por el Secretario General Técnico al recurso de alzada interpuesto por don Fernando J. Muñoz Prieto, en nombre y representación de Atalaya Desarrollos Inmobiliarios, S.L., contra otra dictada por el Delegado del Gobierno en Cádiz, recaída en el expediente 18/02.

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 al recurrente don Fernando J. Muñoz Prieto en nombre y representación de Atalaya Desarrollos Inmobiliarios, 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 Cádiz, 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 12 de mayo de 2005.

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 Cádiz dictó la Resolución de referencia, por la que se impone a la entidad una sanción total de veintidós mil novecientos sesenta y ocho euros con tres céntimos (22.968,03€), consecuencia de sendas sanciones por los siguientes importes:

- Por la primera infracción: 1.502,53 euros.
- Por la segunda infracción: 1.502,53 euros.
- Por la tercera infracción: 1.502,53 euros.
- Por la cuarta infracción: 7.212,14 euros.
- Por la quinta infracción: 400 euros.
- Por la sexta infracción: 10.848,30 euros.

Hechos imputados: Son los contenidos en las actas de inspección, protocolo de actuación anexo al acta de la Campaña de viviendas para el año 2002, denuncias, diligencias, documentación, contrato tipo y demás actuaciones referentes a la misma, considerándose infracción en materia de defensa del consumidor:

- No poseer en el momento de la inspección a disposición del público y de la autoridad competente copia del Contrato Tipo.
- No posee en el momento de la inspección a disposición del público y de la autoridad competente contrato de seguro decenal de daños materiales o de caución de las obras.
- No posee en el momento de la inspección a disposición del público y de la autoridad competente la documentación relativa a las garantías de las cantidades entregadas a cuenta según exige la Ley 57/1968, de 27 de julio.
- No expresa en el contrato tipo de forma especialmente legible las cláusulas del artículo 5.º, apartados 4.a) y b) del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril.
- En la estipulación cuarta de las condiciones generales del modelo de contrato tipo se cargan al comprador los gastos de cancelación de la hipoteca si no se subroga. Introducción en el contrato de cláusula abusiva.
- En la estipulación novena de las condiciones generales del modelo de contrato se obliga al comprador al pago del Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana (plusvalía) en la cláusula octava, así como los gastos de notaría. Introducción en el contrato de cláusula abusiva.

Los hechos imputados han merecido la siguiente valoración jurídica:

- El primero: Infracción al art. 5, apartado 4 del Real Decreto 515/1989.
- El segundo: Infracción a los arts. 9.2.d) y 19. 1 y 2 y disposición adicional segunda de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de la edificación, en relación con el artículo 5.º, apartado 1 del Real Decreto 515/1989.
- El tercero: Infracción al artículo 7.º del Real Decreto 515/1989, en relación con la Ley 57/1968, de 27 de julio.
- El cuarto: Infracción al artículo 5.º, apartados 4.a) y b) del Real Decreto 515/1989.
- El quinto: Infracción al artículo 10.d) del Real Decreto 515/1989. Número 22 de la Disposición Adicional Primera de la Ley 26/1984.
- El sexto: Infracción al artículo 10.d) y al artículo 5.4 del Real Decreto 515/1989. El número 22 de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, en relación con los arts. 1455 y 1258 del Código Civil y al artículo 107 de la Ley reguladora de las Haciendas Locales de 28 de diciembre de 1988.

Tipificación de las infracciones: Los hechos constituyen infracción administrativa prevista en el artículo 34, apartados 6, 9 y 10 de la Ley 26/1984, de 19 de julio.

Igualmente se tipifican en el artículo 3.3.4 y 3.3.6 del Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, por que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor, aplicable por disponer así la disposición final segunda de la Ley 26/1984, constituyendo infracción en materia de normalización, documentación y condiciones de venta o suministro, al incumplir las normas relativas a documentación, información, libros o registros establecidos obligatoriamente para el adecuado régimen y funcionamiento de la empresa, instalación o servicio y como garantía para la protección del consumidor o usuario, así como el incumplimiento de las disposiciones que regulan la publicidad sobre bienes y servicios y sus precios.

Tras la modificación que de la Ley de los Consumidores y Usuarios hizo la disposición adicional primera de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, los hechos sexto y séptimo se consideran por aplicación del art. 10 bis, apartado 1, cláusulas abusivas tipificadas en el apartado V denominado «OTRAS» en su núm. 22.

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

- Caducidad del expediente sancionador al amparo del art. 18.3 del Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, porque el Acuerdo de Iniciación se notificó el 12 de septiembre de 2003, debiéndose notificar la propuesta de resolución a los 6 meses, sin embargo, transcurridos más de 6 meses (sin notificación de ningún acto administrativo que pudiera impulsar el procedimiento) se notifica (el subrayado es nuestro), un Acuerdo de Ampliación (el 14 de marzo de 2003) para dictar y notificar tanto la propuesta de resolución como la resolución, una vez caducado el expediente y vencido el plazo para emitir la propuesta de resolución.

Nulidad de pleno derecho del acuerdo de prórroga de plazos para dictar y notificar la propuesta de resolución y la resolución, por falta de motivación y por extemporánea, porque se prorroga un plazo ya vencido, lo que prohíbe el art. 49.3 de la Ley 30/1992, ya que se ha notificado (el subrayado es nuestro) una vez vencido el plazo que se pretende prorrogar (el dictado y notificación de la propuesta de resolución).

- Caducidad del expediente sancionador por exceso del plazo máximo legal para dictar y notificar la propuesta de resolución y para dictar y notificar la resolución definitiva:

- Entre la notificación del Acuerdo de Iniciación (12.9.02) y la notificación de la propuesta de resolución (24.10.03) han transcurrido más de 6 meses, incluso se ha excedido el plazo si se acepta la validez del 2.º Acuerdo de Ampliación (notificado el 7 de julio de 2003), sin que se haya producido interrupción del plazo de caducidad.

- Entre la notificación del Acuerdo de Iniciación (12.9.02) y la notificación de la resolución (25.5.04) ha caducado el expediente por exceder el plazo de 10 meses [incluso el plazo de 20 meses si se acepta la validez del 2.º Acuerdo de Ampliación (notificado el 7 de julio de 2003): El único período temporal en que se puede entender interrumpido el plazo de caducidad para notificar la resolución definitiva desde la notificación del Acuerdo de Actuaciones Complementarias el 22.12.03 y la entrega de la documentación requerida el 30.12.03 (= 8 días naturales).

- Error en la valoración de la prueba:

- Respecto a los hechos primero a tercero: Que no es cierto que los documentos requeridos no se encontraran en la oficina de ventas a disposición de la autoridad y del público, tan sólo que por el nerviosismo de la inexperta empleada, que malinterpretó las instrucciones y explicaciones del inspector, consideró que podían aportarse posteriormente sin problemas.

- Respecto al hecho cuarto: Basta leer el contrato para ver que el contenido de la norma referida se encuentra claramente inserto en su redacción.

- Respecto al hecho quinto: Que es incorrecto considerarla como cláusula general cuando es particular, y por tanto negociable.

- Respecto al hecho sexto: Igual que la anterior.

- Respecto a la imputación primera, segunda y tercera:

- Que la presunta infracción de los arts. 5.4 del Real Decreto 515/1989, 9.2.d) y 19.1 y 2 y disposición adicional segunda de la Ley 38/1999, y 7 del Real Decreto 515/1989: Que no se ha cometido. No se han producido en ningún momento los hechos descritos en esas tres imputaciones. Subsidiariamente, en todo caso la sanción debía imponerse en su grado mínimo.

- Respecto a la imputación cuarta: Por infracción al art. 5, apartados 4.a) y b) del Real Decreto 515/1989, por no expresar su contenido de «forma especialmente legible»: Todo lo contrario, son perfectamente legibles. En general, que la autonomía de la voluntad debe prevalecer sobre la aplicación del Real Decreto 515/1989. Subsidiariamente, en todo caso la sanción debía imponerse en su grado mínimo.

- Respecto a la imputación quinta: Que no se impone la subrogación de hipoteca a los compradores y por tanto es plenamente válida y lícita la previsión en los contratos de las consecuencias del incumplimiento de lo pactado conforme a lo previsto en el contrato autorizado por el Instituto Nacional de Consumo en la condición general cuarta del mismo para el caso de optar el comprador por la subrogación.

- Respecto a la imputación sexta: Que la resolución impugnada estima la cláusula como general, cuando es también una cláusula particular susceptible de negociación individual, y por tanto, modificable. Subsidiariamente, en todo caso la sanción debía imponerse en su grado mínimo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Esta Secretaría General Técnica es competente, por delegación de la Excm. Sra. Consejera mediante la Orden de 30 de junio de 2004, para conocer y resolver el presente recurso, a tenor de lo dispuesto en los artículos 114.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y artículo 39.8 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en relación con el Decreto del Presidente 11/2004, de 24 de abril, sobre reestructuración de Consejerías, y el Decreto 199/2004, de 11 de mayo, por el que se aprueba la estructura orgánica de la Consejería de Gobernación.

Segundo. Respecto a la alegación de caducidad del expediente sancionador al amparo del art. 18.3 del Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio.

Citaremos la doctrina planteada por la sentencia núm. 2108/2002, de 30 de diciembre, sala en Granada, de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, para manifestar que no se produce la caducidad alegada por la recurrente:

«Segundo. La actora en apoyo de la prosperabilidad de su tesis impugnatoria aduce la caducidad del expediente sancionador y la falta de tipificación de su conducta. En lo que concierne al primer motivo, expone que entre varias actuaciones, que señala, del expediente transcurrieron los seis meses que el artículo 18.3 del Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, que regula las Infracciones y Sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria. Dicho precepto establece «iniciado el procedimiento sancionador... y transcurridos seis meses desde la notificación al interesado de cada uno de los trámites previstos... sin que se impulse el trámite siguiente, se producirá la caducidad del mismo con archivo de las actuaciones, salvo en el caso de la resolución en que podrá transcurrir un año desde que se

notificó la propuesta». La Administración demandada opone el Decreto 139/93, de 7 de septiembre, de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, que, a su parecer, amplía ese plazo de seis meses a un año. La citada norma en su Anexo II establece que en los procedimientos en materia de defensa del consumidor y la producción agroalimentaria el plazo máximo para dictar resolución expresa es de un año y su falta produce el efecto de la caducidad. De la comparación entre ambos textos legales es fácil apreciar una clara diferencia, en el Real Decreto 1945/83, hay dos plazos de caducidad, uno de seis meses de paralización entre dos trámites que sean previos a la propuesta de resolución, y otro, de un año entre la propuesta de resolución y ésta. Por su parte el Decreto 139/93 fija un plazo de caducidad único, de un año, cualquiera que sea la paralización que haya podido experimentar el expediente en su tramitación, y su hito final lo determina la resolución expresa (el subrayado es nuestro). Es claro que de regir el Decreto de la Junta de Andalucía, habría que desestimar la pretensión de caducidad de la recurrente (el subrayado es nuestro). Sobre ese particular debemos destacar que la Comunidad Autónoma de Andalucía ostenta competencia exclusiva para «la defensa del consumidor y usuario», de acuerdo con las bases estatales (artículo 18.1.6.^a del Estatuto de Autonomía), competencia que le faculta en el plano legislativo para promulgar la ley 5/1985, de 8 de julio, de los Consumidores y Usuarios de Andalucía, entre otras disposiciones legales. Al no gozar el Estado de competencia normativa plena en esta materia, la única vía de aplicación del Real Decreto 1945/1983 sería la de supletoriedad prevista en el artículo 149.3 de la Constitución (así se reconoce en el Preámbulo del Real Decreto). Quiere ello decir que el plazo de seis meses de caducidad previsto en el artículo 18.3 del mismo sólo será aplicable en el caso de que la Comunidad Autónoma no haya aprobado una norma procedimental distinta, en uso de la competencia que con carácter exclusivo le atribuye el artículo. Si bien la Comunidad Autónoma de Andalucía no ha aprobado una norma general de procedimiento que regule el ejercicio de la potestad sancionadora, sí ha dictado diversos Decretos relativos a los plazos máximos de resolución y efectos del silencio aplicables a los distintos procedimientos administrativos tramitados en cada una de las Consejerías. En concreto, el Decreto 139/93, de 7 de septiembre, establece en su Anexo II que en los procedimientos en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria, el plazo máximo de resolución es de un año, siendo el efecto del silencio la caducidad. De acuerdo con el contenido de ese Decreto es evidente que el procedimiento sancionador no caducó».

Debemos actualizar la normativa de referencia y donde se dice el Decreto 139/1993, de 7 de septiembre, citar la Ley 9/2001, de 12 de julio, de la Junta de Andalucía, aplicable al presente expediente, fijando el plazo de duración del procedimiento a 10 meses.

Tercero. De conformidad con el artículo 89.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, la aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma, en su virtud se incorpora el texto del informe emitido en fecha 30 de julio de 2004, en el que textualmente se manifiesta que «(...) Segunda: En relación con el plazo máximo para notificar la resolución del expediente, de acuerdo con el ampliado plazo a 20 meses, sobre el inicial de 10 meses legalmente previsto, hay que precisar lo siguiente:

- El cómputo inicial es el de la fecha del Acuerdo de Iniciación de 5 de septiembre de 2002.

- El plazo de 20 meses máximo par resolver de acuerdo con los acuerdos ampliatorios recogidos en el expediente, vencería naturalmente el día 5 de mayo de 2004.

- Existen dos períodos que deben descontarse del total (el subrayado es nuestro), al haberse encontrado el procedimiento interrumpido o suspendido por causa legal. El primero

fue el que se notificó el día 7 de julio de 2003 con el segundo acuerdo de ampliación de plazos, y en el que legalmente se notificó a la interesada que se declaraba interrumpido el procedimiento hasta que se aportase el certificado de Plusvalía, como prueba del procedimiento e informe determinante para la graduación de la sanción en su caso a imponer, surtiendo los efectos jurídicos previstos en el artículo 17.4 del Real Decreto 1398/93, de 4 de agosto, del Reglamento de la Potestad Sancionadora, con los efectos interruptivos del procedimiento previstos en el art. 83.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJAP-PAC, hasta que se recibió el día 22 de agosto de 2003 la referida documentación. El segundo, el de las actuaciones complementarias que se notificaron el día 22 de diciembre de 2003, se computa hasta que se recibieron los documentos requeridos con fecha 30 de diciembre de 2003, computándose un plazo de tiempo a descontar del total antes señalado de 52 días.

- Por último, si a la fecha señalada como última de los 20 meses sin descontar los plazos señalados en el anterior punto, de 5 de mayo de 2004, le añadimos los 52 días señalados, nos da que el plazo venció efectivamente el día 26 de junio de 2004.

Por lo tanto, en este caso no se producirá la caducidad del procedimiento, al haberse notificado la resolución en fecha 25 de mayo de 2004, y finalizar el plazo máximo para resolver desde que se amplió el plazo y se notificó al interesado en su momento, excluidos los períodos de suspensión e interrupción del procedimiento ya vistos. (...)».

Cuarto. Recordemos que las imputaciones una a tres se detectaron por el inspector y se reflejaron en el acta de inspección y en la documentación anexa.

El art. 137.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dispone que «los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados». De otra parte el Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 23 de abril de 1994 tiene manifestado que:

«Según Jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (Sentencias de 14 de mayo y 24 de noviembre de 1984 y 28 de enero, 12 de febrero y 4 de junio de 1986) y del Tribunal Constitucional (Sentencia de 8 de junio de 1981) los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo y del “ius puniendi” del Estado y de las demás Administraciones Públicas, de tal modo que los principios esenciales reflejados en los arts. 24 y 25 de la Constitución han de ser transvasados a la actividad sancionadora de la Administración en la medida necesaria para preservar los valores fundamentales que se encuentran en la base de los mentados preceptos y alcanzar la seguridad jurídica preconizada en el art. 9 del mismo Texto y, entre dichos principios, ha de destacarse el de presunción de inocencia, recogido en el art. 24 de la Constitución, que, configurado como una presunción “iuris tantum”, susceptible, como tal, de ser desvirtuada por prueba en contrario, constituye un verdadero derecho fundamental, inserto en la parte dogmática de la Constitución, que vincula a todos los poderes públicos (art. 53 del Texto Constitucional) y, esencialmente, a la Administración, con más razón cuando ejercita su potestad sancionadora. Por otra parte, esta actividad sancionadora de la Administración está también sometida al principio de legalidad que debe informar toda la actividad administrativa. Es decir, el derecho administrativo sancionador está sujeto a dos presunciones, de un lado, a la de inocencia y, de otro, a la de legalidad de la actuación administrativa, concreción de la cual es la presunción de vera-

ciudad recogida en el art. 17.3 del Real Decreto 1945/1983, de 22 junio, que regula las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y en la producción agroalimentaria, el cual dispone que “los hechos que figuren recogidos en las actas de inspección se presumirán ciertos, salvo que del conjunto de las pruebas que se practiquen, resulte concluyente lo contrario”. Es decir, el artículo transcrito se limita a alterar la carga de la prueba de tal manera que es el administrado sujeto al expediente sancionador a quien corresponde probar la falta de certeza de los hechos que el Inspector ha constatado en el acta y que han sido percibidos por él de forma directa».

O como la Sentencia núm. 495/1996 del Tribunal Superior de Justicia de Baleares (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 18 septiembre, recaída en el recurso contencioso-administrativo núm. 1500/1994, puso de manifiesto: «El Acta es documento público autorizado por empleado público competente que hace prueba del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha del mismo -arts. 1216 y 1218 del Código Civil.

Por tanto el Acta es un medio de prueba más, pero no goza de presunción de certeza o veracidad. Así resulta de lo previsto en el art. 137.3 de la Ley 30/1992 de tal modo que la Administración no queda relevada de la obligación de aportar el correspondiente material probatorio de cargo. No siendo el Acta medio de prueba preferente cabe que prevalezca contra ella cualquier otra prueba.

De las Actas originadoras del expediente administrativo, levantadas a presencia de la actora y de las que recibió copia, destacan las infracciones e irregularidades detectadas, sin que contra las mismas la recurrente haya practicado prueba alguna, por lo que resulta claro que el principio de presunción de inocencia fue destruido por las Actas mencionadas. En consecuencia procede la desestimación del recurso habida cuenta la perfecta adecuación a derecho de las resoluciones recurridas».

Quinto. Una alegación recurrente del recurso es que la autonomía de la voluntad salva las posibles irregularidades que pudieran existir, puesto que las cláusulas se han negociado entre la empresa y los compradores una a una. Lo que a continuación se expone resuelve de una vez todas aquellas veces que la empresa recurre a esta misma alegación.

Respecto a la negación de que estemos en presencia de condiciones generales de contratación, sino de un contrato conocido por ambas partes, el artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 julio dispone al respecto que:

«1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente (el subrayado es nuestro) que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente Ley.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de este artículo al resto del contrato.

El profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba (el subrayado es nuestro)».

Si existe negociación individual ya no hay condición general y, por tanto, no puede ser combatida al amparo de la Ley 7/1998, sin perjuicio de la posibilidad del particular a ejercer la demanda ordinaria de nulidad al amparo de las reglas generales de la nulidad contractual, en particular si se contraviene lo dispuesto en el artículo 1256 del Código

Civil, pero dicha prueba no consta en el expediente, en consecuencia estamos en presencia de cláusulas impuestas unilateralmente desde parte más fuerte de la relación: La empresa.

La Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Almería de fecha 29 de abril de 2004, recaída en el recurso núm. 93/04 dijo al respecto:

«Sexto. La fútil base argumental que ofrece ahora la mercantil actora fue oportunamente contradicha, en un supuesto idéntico al enjuiciado, por la sentencia de este Juzgado número 226/02, de 8 de octubre de 2002 (recurso número 326/02). Es conveniente glosar lo que se razonaba en su fundamento jurídico segundo: “En primer lugar, debe quedar fuera de toda duda que la libertad de pacto o autonomía de la voluntad contractual, reconocidas en el artículo 1255 del Código Civil, queda condicionada en el propio precepto a que los pactos, cláusulas o condiciones que los contratantes puedan establecer no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público (el subrayado es nuestro). Y, ciertamente, estipular que ‘todos los gastos que origine la presente escritura, incluido el Impuesto municipal sobre el incremento de los terrenos de naturaleza urbana, serán por cuenta de la parte compradora’, contraviene lo dispuesto imperativamente en el artículo 107.1.b) de la Ley 39/1998, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, que considera sujeto pasivo del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana ‘en las transmisiones de terrenos o en la constitución o transmisión de derechos reales de goce limitativos del dominio a título oneroso, la persona física o jurídica, o la entidad a que se refiere el art. 33 de la Ley General Tributaria, que transmita el terreno, o que se trate’. Esta disposición legal no puede ser alterada por la voluntad de las partes, dada la naturaleza cogente o de derecho necesario de la misma, por así establecerlo el artículo 36 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (modificada por las Leyes 10/1985, de 26 de abril, 25/1995, de 20 de julio, y 1/1998, de 26 de febrero), que dispone que ‘la posición del sujeto pasivo y los demás elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares. Tales actos y convenios no surtirán efecto ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas.’ Puede, pues, afirmarse el carácter abusivo de la cuestionada cláusula, siendo incontestable esta conclusión al considerar la disposición adicional primera, apartado 22.^a, de la Ley 26/1984, en la primera venta de viviendas, abusiva ‘... la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación)’, lo que desde luego, comporta un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio de los consumidores. Finalmente, es inatendible el argumento esgrimido por la parte actora atinente a que el artículo 10.1.c) de la Ley 26/1984 no es de aplicación (dice que la ‘plusvalía’ no queda subsumida en el concepto legal de ‘gastos derivados de la titulación’, ya que los gastos de escrituración y no los impuestos son los que entran en el concepto), por cuanto que, como acertadamente opone la Administración demandada, no se establece una lista tasada de cláusulas abusivas, debiéndose comprender en el concepto de cláusula abusiva, además de los gastos de escritura, la repercusión al comprador del pago de tributos que legalmente conciernan al vendedor, máxime cuando el comprador (consumidor), en la adquisición de viviendas a promotoras o constructoras, asume, generalmente, la posición más débil, y actúa muchas veces constreñida por la imposición de cláusulas que, como la estudiada, debe merecer la reputación de abusiva, por lo que ha de concluirse en el acierto de la calificación realizada por la Administración».

Sexto. Respecto a la imputación primera, segunda y tercera:

- Que la presunta infracción de los arts. 5.4 del Real Decreto 515/1989, 9.2.d) y 19.1 y 2 y disposición adicional segunda de la Ley 38/1999, y 7 del Real Decreto 515/1989: Que no se ha cometido. No se han producido en ningún momento los hechos descritos en esas tres imputaciones. Subsidiariamente, en todo caso la sanción debía imponerse en su grado mínimo.

Nos remitimos a la respuesta dada sobre el valor probatorio de las actas de inspección. La recurrente simplemente niega los hechos, sin mayor argumentación.

- Respecto a la imputación cuarta: Por infracción al art. 5, apartados 4.a) y b) del Real Decreto 515/1989, por no expresar su contenido de «forma especialmente legible»: Todo lo contrario, son perfectamente legibles. En general, que la autonomía de la voluntad debe prevalecer sobre la aplicación del Real Decreto 515/1989. Subsidiariamente, en todo caso la sanción debía imponerse en su grado mínimo.

Nos remitimos a las respuestas dadas sobre la cuestión de la autonomía de la voluntad, y sobre el valor probatorio de las actas de inspección.

- Respecto a la imputación quinta: Que no se impone la subrogación de hipoteca a los compradores y por tanto es plenamente válida y lícita la previsión en los contratos de las consecuencias del incumplimiento de lo pactado conforme a lo previsto en el contrato autorizado por el Instituto Nacional de Consumo en la condición general cuarta del mismo para el caso de optar el comprador por la subrogación.

Se alega que es lícita la cláusula porque esta misma cláusula se recoge en la condición general cuarta del modelo de condiciones generales del contrato de compraventa de viviendas suministrado por el Instituto Nacional de Consumo.

Con independencia de que la recurrente no aporta la citada condición general cuarta del modelo a que se refiere, lo cierto es que analizada la información obtenida de la página del Instituto Nacional de Consumo, en concreto el «Plan de actuación en materia de cláusulas abusivas»: Compraventa de vivienda nueva (libre y de protección oficial) encontrado en la página web: www.consumo-inc.es, la cláusula a que se debe referir la recurrente debe ser esta:

«Cuarta. Subrogación en el préstamo hipotecario suscrito por la parte vendedora.

4.1. Contenido y alcance de la subrogación.

Si la parte compradora ha optado por subrogarse (el subrayado es nuestro) en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria sobre la vivienda, asumiendo tal compromiso por cláusula contractual específica, el comprador retendrá en su poder y descontará, la cantidad que se ha obtenido/previsto obtener como principal del préstamo hipotecario, por cuyo motivo la parte compradora faculta a la parte vendedora para percibir de la entidad de crédito dicha cantidad, comprometiéndose a asumir en el momento de la firma de la escritura pública de compraventa y de subrogación en el préstamo la condición jurídica de deudor y, consecuentemente, a hacer efectivo su pago, así como el de los intereses, comisiones y amortizaciones que correspondan, en los plazos y condiciones que sean fijados, subrogándose no sólo en la garantía hipotecaria, sino también en la obligación personal y demás responsabilidades derivadas del préstamo hipotecario con aquélla garantizada; siempre que la entidad de crédito preste su conformidad expresa o tácita, según lo dispuesto en el artículo 118 de la Ley Hipotecaria».

La estipulación cuarta del contrato dice en lo que nos interesa, lo siguiente:

«(...) El adquirente se compromete cuando se otorgue la correspondiente escritura de compraventa y subrogación en el préstamo hipotecario a asumir la condición jurídica de deudor, subrogándose no sólo en la garantía hipotecaria u otras reales que se establezcan, sino también en la obligación personal y demás responsabilidades derivadas del préstamo hipotecario en aquella garantizada. Si en cualquier momento, a partir de la fecha y hasta el otorgamiento de la escritura, el adquirente optase por la cancelación del préstamo hipotecario, serán por su cuenta y cargo todos los gastos e impuestos que origine dicha cancelación (el subrayado es nuestro). (...)».

Basta comparar las cláusulas del modelo de contrato con ésta última transcrita para constatar las diferencias que existen entre ambas, en consecuencia, su alegación ha de ser desestimada, porque recordemos que la imputación es la de «cargar al comprador los gastos de cancelación de la hipoteca si no se subroga».

- Respecto a la imputación sexta: Que la resolución impugnada estima la cláusula como general, cuando es también una cláusula particular susceptible de negociación individual, y por tanto, modificable. Subsidiariamente, en todo caso la sanción debía imponerse en su grado mínimo.

Nos reiteramos en la fundamentación ya aplicada sobre la negociación individual.

Séptimo. Queda por último la cuestión de la proporcionalidad de la sanción, que aunque es una alegación reiterada por la recurrente a lo largo del recurso, ha de ser estudiada unitariamente, tal y como hace la resolución. A partir de ahí, se acepta plenamente la fundamentación jurídica aplicada en la resolución impugnada, en concreto: Fundamentos sexto (tercera, párrafos quinto y siguientes); y séptimo, por su imprecisión técnica.

En la resolución del presente recurso se ha tenido en cuenta lo dispuesto en la disposición transitoria de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía, que reitera lo dispuesto en el art. 128.2 de la LRJAP-PAC sobre la aplicación de las disposiciones sancionadoras más favorables, al haber entrado en vigor después de la interposición del recurso.

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

RESUELVO

Desestimar el recurso de alzada interpuesto por don Fernando J. Muñoz Prieto en nombre y representación de la entidad «Atalaya Desarrollos Inmobiliarios, S.L.», contra resolución de la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía en Cádiz, de fecha referenciada, en consecuencia mantener la misma en sus propios términos.

Notifíquese al interesado, con indicación de los recursos que procedan. El Secretario General Técnico, 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 Organos 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.

Sevilla, 1 de septiembre de 2005.- El Jefe del Servicio, Manuel Núñez Gómez.

ANUNCIO del Servicio de Legislación de la Secretaría General Técnica, por el que se notifica la resolución adoptada por el Secretario General Técnico al recurso de alzada interpuesto por don Antonio Montero Martín, en nombre y representación de Bar Capacha, contra otra dictada por el Delegado del Gobierno en Cádiz, recaída en el expediente CA-2/04-MR.

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 Montero Martín en nombre y representación de Bar Capacha, 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 Cádiz, 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, dieciocho de abril de dos mil cinco.

Visto el recurso de alzada interpuesto y con base a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El procedimiento sancionador CA-2/03-MR tramitado en instancia se fundamenta en el Acta levantada por miembros de la Unidad del Cuerpo Nacional de la Policía, adscrita a la Comunidad Autónoma de Andalucía, de fecha 25.4.03 por comprobación de los agentes de que en el establecimiento denominado «Bar Capacha», sito en C/ Herrete, 27, de la localidad de Medina Sidonia (Cádiz), cuya titularidad corresponde a don Antonio Montero Martín, se encuentra instalada y en funcionamiento, la máquina recreativa Tipo B, modelo Santa Fe Lotto, con serie y número 01-21775, la cual carece de la autorización de explotación para el local donde se encontraba instalada y en funcionamiento y por lo tanto constituyendo una supuesta infracción a la vigente normativa sobre Máquinas Recreativas y de Azar.

Tales hechos serán declarados probados en la Resolución que pone fin al procedimiento y que ahora se recurre.

Segundo. Tramitado el expediente en la forma legalmente prevista, fue dictada Resolución por el Ilmo. Sr. Delegado del Gobierno de la Junta de Andalucía en Cádiz, por la que se imponía al recurrente, la sanción consistente en una multa por importe de novecientos dos euros (902 euros), como responsable de una infracción a lo dispuesto en el artículo 25.4 de la Ley 2/1986, de 19 de abril del Juego y Apuestas de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en relación con los artículos 21, 24 y 43.1 del Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, aprobado por Decreto 491/1996, de 19 de noviembre, tipificada con el carácter de grave en el artículo 29.1 de la Ley 2/1986, de 19 de abril y artículo 53.2 de dicho Reglamento.

Tercero. Notificada oportunamente la resolución sancionadora, el interesado interpone, en tiempo y forma, recurso de alzada el día 18.5.04, cuyas alegaciones, literalmente, son las siguientes:

«Que la empresa operadora ya tiene expediente sancionador por el mismo motivo.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Esta Secretaría General Técnica es competente, por delegación de la Excm. Sra. Consejera de Gobernación realizada por Orden de 30 de junio de 2004 (BOJA núm. 140, de 19.7.04), para conocer y resolver el presente recurso, a tenor de lo dispuesto en los artículos 114.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 39.8 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en relación con el Decreto del Presidente 11/2004, de 24 de abril, sobre reestructuración de Consejerías y el Decreto 199/2004, de 11 de mayo, por el que se aprueba la Estructura Orgánica de la Consejería de Gobernación.

II

Hemos de desestimar la alegación del recurrente, significando que en el caso que nos ocupa, el objeto por el cual se le sanciona es el permitir o consentir la instalación o explotación de máquinas careciendo de algunas de las autorizaciones previstas en el Reglamento, tal y como lo dispone el artículo 53.2 del Reglamento en relación con el artículo 29 de la Ley 2/1986, de 19 de abril, por lo que esta conducta no está exenta del reproche administrativo correspondiente y por lo cual los hechos que se han considerado probados no quedan desvirtuados, ya que el recurrente no ha aportado alguna prueba concluyente o documento que refleje una alteración de las circunstancias que provocaron la apertura del expediente sancionador, concluyendo que debemos tener presente lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que señala expresamente que «Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia», ya que como establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1989, «Uno de los componentes principales de las infracciones administrativas, por su naturaleza subjetiva, es la culpabilidad».

El artículo 57 del Reglamento contempla, entre otras, como personas responsables de las infracciones a los titulares de los negocios por las que les fueran imputables.

La otra tipificación por la cual se sanciona a la empresa operadora viene recogida expresamente en el artículo 53.1 del Reglamento, pero se trata de un expediente diferente al que ahora nos ocupa, ya que se trata de dos infracciones diferentes, por un lado se sanciona a la empresa operadora por tener una máquina de su propiedad instalada careciendo de la autorización reglamentaria y, por otro, al titular del establecimiento, por permitir o consentir, expresa o tácitamente, la explotación de la máquina de juego en su local.

La máxima claridad a este respecto, la encontramos en la literalidad del artículo 31.8 de la Ley 2/1986, de 19 de abril: «8. De las infracciones reguladas en esta Ley, que se produzcan en los establecimientos en los que se practiquen los juegos y/o apuestas, responderán las empresas de juegos y/o apuestas y los titulares de dichos establecimientos, en los términos que reglamentariamente se determinen».

En cuanto a la responsabilidad de la empresa operadora, reiteramos que ésta viene expresamente determinada en el