

no, sito en la Plaza de las Batallas, núm. 3, de Jaén, la resolución, que podrá ser examinada a fin de ejercer las acciones que a su derecho convenga significándole que, conforme al art. 114 de la citada Ley, podrá formular recurso de alzada ante la Excm. Sra. Consejera de Gobernación en el plazo de un mes contado a partir de la fecha de esta publicación. Indicándole igualmente que se encuentran a su disposición los Talones de Cargo núms. 0462015055460, 0462015055476 y 0462015055485 correspondientes a las sanciones.

Una vez firme la presente resolución, el importe de la sanción impuesta podrá ser abonado en cualquier entidad de ahorro o de crédito colaboradora en los plazos que a continuación se indican:

Si la referida firmeza se adquiere entre los días 1 y 15 de cada mes, desde la fecha de la misma hasta el día 20 del mes siguiente o el inmediato hábil posterior, y si produce entre los días 16 y último de cada mes, desde la fecha en que se produce hasta el día 5 del segundo mes siguiente o el inmediato hábil posterior.

La firmeza mencionada se producirá si transcurriese el plazo de un mes, contado desde la fecha de publicación de la presente resolución, sin que haya sido interpuesto contra la misma recurso de alzada. En el supuesto de que se interponga el recurso aludido, los plazos señalados para el pago en período voluntario comenzarán a contarse desde el siguiente a la notificación o publicación de la resolución recaída en el mencionado recurso.

Transcurridos los anteriores plazos sin que se tenga constancia en esta Delegación de su abono, se procederá a certificar su descubierto y a su remisión a la Delegación Provincial de la Consejería de Economía y Hacienda para su cobro en vía de apremio, lo que llevará aparejado los correspondientes recargos.

Al objeto de su constancia y en evitación de futuras molestias, deberá remitir a esta Delegación del Gobierno (Servicio de Juego y Espectáculos Públicos - Departamento de Infracciones) los correspondientes justificantes de los abonos de las sanciones impuestas (ejemplar para la Administración).

Núm. expediente: J-257/04-EP.

Notificado: Florentino Avila Jiménez.

Domicilio: Avda. Madrid, 21-7.º C, Jaén.

Trámite: Resolución y talón de cargo.

Jaén, 19 de enero de 2005.- El Delegado del Gobierno, Francisco Reyes Martínez.

*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 Pablo Gómez Calvache, en nombre y representación de Fuentevictoria S.L., contra otra dictada por el Delegado del Gobierno en Almería, recaída en el expediente 296/03.*

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 Pablo Gómez Calvache en nombre y representación de Fuentevictoria, 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 Almería, 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 13 de diciembre de 2004.

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 Almería dictó la Resolución de referencia, por la que se impone a la entidad una sanción total de cinco mil seiscientos euros (5.600 €), tras la tramitación del correspondiente expediente sancionador, por los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

- Por la infracción consistente en que la empresa no exhibe al público cartel anunciador del libro de hojas de "quejas y reclamaciones".

Infracción al artículo 4 del Decreto 171/1989, de 11 de julio, en relación con el art. 34.10 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, y el art. 3.3.6 del Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio.

Se impone una sanción de 300 euros.

- En que en tres de los cuatro contratos de compraventa, por parte de la empresa vendedora, no se hacen constar los artículos 1280.1 y 1279 del Código Civil.

Infracción al artículo 5.4.b) del Real Decreto 5151/1989, de 21 de abril, en relación con el art. 3.3.6 del Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, en relación con el art. 34.10 de la Ley 26/1984, de 19 de julio.

Se impone una sanción de 300 euros.

- Que en ninguno de los contratos de compraventa se observa que por parte de la empresa vendedora no se hace constar con toda claridad la fecha de entrega de la vivienda en construcción.

Supone un incumplimiento del deber de información y publicidad, que se establece en el artículo 5.5 del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, y por lo tanto supone una infracción de las recogidas en el art. 3.3.6 del Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, en relación con el art. 34.10 de la Ley 26/1984.

Se impone una sanción de 1.000 euros.

- Que la entidad no tiene una nota explicativa informando al estar prevista la subrogación del consumidor en operación hipotecaria, no concertada por éste, con garantía real sobre la propia vivienda, sin que se indique el Notario autorizante, fecha de escritura, datos de su inscripción ni vencimientos y cantidades, respecto de dicha operación de crédito.

Supone incumplimiento del deber de información y publicidad que se establece en el artículo 6.4 del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, y por lo tanto una infracción recogida en el art. 3.3.6 del Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, en relación con el art. 34.10 de la Ley 26/1984.

Se impone una sanción de 1.000 euros.

- Que en los referidos contratos de compraventa, de la lectura de la cláusula séptima, queda claro que existe una falta de reciprocidad respecto de las consecuencias o perjuicios para las partes contratantes, en caso de incumplimiento de sus obligaciones, en beneficio para la promotora y en perjuicio grave para la compradora, al señalarse sólo las consecuencias de incumplimiento por la compradora.

Supone incumplimiento del art. 10.1.c) de la Ley 26/1984, en relación con el art. 34.9 de la Ley 26/1984, en relación con la Disposición Adicional Primera de la Ley 26/1984, en su regla 1 número 3 y número 16.

- La cláusula undécima de los contratos señala que "Para cualquier cuestión que pudiera derivarse de la interpretación de este contrato, ambas partes se someten con renuncia expresa de otro fuero que pudiera corresponderles, a la tutela de los Juzgados y Tribunales de Almería".

Supone incumplimiento del art. 10.1.c) de la Ley 26/1984, en relación con la Disposición Adicional Primera de la Ley 26/1984 en su regla II número 27, tipificada en el art. 34.9 de la citada Ley.

Se impone una sanción de 1.000 euros.

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

- Respecto al cartel anunciador: este hecho quedó inmediatamente subsanado en el mismo acto de la inspección colocándose de modo visible; y con respecto al resto, que se procedió a la citación de personas involucradas para adjuntarle un anexo con la transcripción literal de los arts. 1280.1.<sup>a</sup> y 1279 del Código Civil, así como los datos de la subrogación de la hipoteca.

- Respecto a que no mencionaban los arts. 1280.1 y 1279 del Código Civil: que si bien el art. 5.4.b) del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril prescribe que han de constar de modo legible en el contrato, tales artículos del Código Civil, éste no lo exige de manera expresa, y además está presente de modo claramente implícito en todo el contenido del mismo. No se ha vulnerado el derecho de información.

- Respecto a la fecha de entrega: que la misma se estableció en la cláusula cuarta de cada contrato.

- Respecto a la subrogación del consumidor en operación hipotecaria: la obligación que exige el art. 6.4 del Real Decreto 515/1989 es que se tenga a disposición del público y de las autoridades competentes toda la información relativa, en caso de subrogación del consumidor en alguna operación de crédito no concertada por él, circunstancias que si bien se omitió en uno de los contratos fiscalizados esto no significa que el consumidor no estuviera debidamente informado de la subrogación del préstamo hipotecario, que en el momento de la firma no se pudo concretar, por estarse tramitando por la parte vendedora, como así informaba la cláusula tercera de los contratos.

- Respecto a la falta de reciprocidad: si bien es cierto que en la cláusula 7.<sup>a</sup> de los contratos únicamente se señalaba las consecuencias del desistimiento del comprador, hay que recordar que el citado contrato genera obligaciones para ambas partes, siendo de obligado cumplimiento, el art. 1124 del Código Civil, en relación con las obligaciones recíprocas.

- Respecto a la cuestión del fuero: que no es cláusula abusiva puesto que no se someten a un tribunal distinto del que le correspondería, pudiendo ser perfectamente el lugar del domicilio del consumidor el foro de Almería, y siendo el lugar del cumplimiento de la obligación y el lugar en el que se encuentra el bien: Roquetas de Mar (Almería).

- Falta de motivación de la resolución.

- Vulneración del principio de presunción de inocencia.

- Desproporción de las sanciones; conforme a la Disposición Transitoria Primera de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de defensa y protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía, en relación con el art. 74 para las infracciones leves prevé sanciones por importe de entre 200 y 5.000 euros, debiendo imponerse en todo caso sanciones por importe mínimo (200 euros) y por su carácter de leves.

#### 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. Con la primera alegación, la recurrente pretende que se tenga en cuenta la pronta restitución del estado de cosas detectado por el inspector, esto es, cartel anunciador y citación de personas para adjuntarles anexo; con independencia de que no existe acreditación al respecto, basta una mera lectura al acta de inspección para constatar que tales afirmaciones carecen de soporte probatorio alguno, y ya sabemos el valor de que gozan las actas de inspección.

La presunción de inocencia, tras la Constitución de 1978 (artículo 24), dejó de ser un principio informador del Derecho Sancionador para convertirse en un derecho fundamental de inmediata aplicación que vincula a todos los poderes públicos, incluso en el ámbito de sanciones administrativas (entre otras SS.TC de 36/1985, de 8 de marzo y 76/1990, de 26 de abril), y así aparece consagrado en el artículo 137.1 de la LRJAP y PAC, de modo que, por un lado, nadie puede ser considerado responsable de una infracción administrativa hasta que haya concluido el procedimiento con una resolución sancionadora y, por otro, la Administración no puede sancionar sino en virtud de pruebas de cargo obtenidas de manera constitucionalmente legítima, incumbiendo a la Administración la carga de probar los hechos y la culpabilidad del presunto responsable; y tampoco en vía de impugnación contencioso-administrativa se produce para el sancionado un desplazamiento de la carga de la prueba.

Ahora bien, el artículo 137.3 de la LRJAP Y PAC 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...”; y el artículo 17.3 del R.D. 1945/1983, de 22 de junio, señala 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”.

Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1990 que, a su vez, recoge la de 5 de marzo de 1979, “... cuando la denuncia sobre los hechos sancionados es formulada por un Agente de la Autoridad, encargado del Servicio, la presunción de veracidad y legalidad que acompaña a todo obrar de los órganos administrativos, y de sus agentes, es un principio que debe acatarse y defenderse, ya que constituye esencial garantía de una acción administrativa eficaz, sin que ello quiera decir, en coordinación con el principio constitucional de presunción de inocencia, que los hechos denunciados por un Agente se consideran intangibles, ya que la realidad de los mismos puede quedar desvirtuada mediante la adecuada prueba en contrario o aun por la ausencia de toda otra prueba, según la naturaleza, circunstancias, y cualidad de los hechos denunciados”.

Tercero. El art. 5.4 del Real Decreto 515/1989 dispone “Forma en que está previsto documentar el contrato con sus condiciones generales y especiales, haciendo constar de modo especialmente legible (el subrayado es nuestro) lo siguiente:

b) Los artículos 1280.1.º y 1279 del Código Civil”.

La dicción del precepto no permite otra interpretación que la efectuada por la resolución impugnada; en el contrato no aparece, no ya de modo especialmente legible, es que no aparece, luego la infracción se torna evidente.

Citaremos entre otras la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Almería, de fecha 18 de marzo de 2004, recaída en el recurso núm. 42/04:

## “FUNDAMENTO JURIDICO SEXTO

Entrando ya en el fondo del asunto, la parte actora niega la inexistencia de la infracción consistente en no hacer constar los artículos 1280.1 y 1279 del Código Civil, ya que, dice, del examen del modelo del contrato que obra en el expediente, se puede comprobar cómo en la estipulación general 11.<sup>a</sup>, titulada ‘De la escritura pública de compraventa’, se hace constar de forma inicial y preferente que, de acuerdo con los artículos 1279 y 1280.1 del Código Civil, la compraventa quedará instrumentalizada a través de la correspondiente escritura pública de compraventa (...).

El art. 5.4.b) del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento, obliga a que, en cuanto a la forma prevista de documentar el contrato con sus condiciones generales y especiales, se haga constar ... de modo especialmente legible lo siguiente: b) ... Los artículos 1280.1 y 1279 del Código Civil.

Pues bien, según se colige del expediente administrativo, si bien, efectivamente, el contrato de compraventa, en su estipulación 11, hace constar expresamente los artículos 1279 y 1280.1 del Código Civil, y aunque, también, es verdad que el artículo 5.4.b) del Real Decreto 515/1989 no exige la transcripción literal de tales preceptos, no es menos cierto que la constancia no se hace de modo especialmente legible, viniendo redactada esa mención con los mismos caracteres, gráficos y literarios, uniformes que la redacción general del contrato. La mención del adverbio especialmente no es ociosa (el subrayado es nuestro), pues con ello se pretende la más eficaz protección del consumidor en punto a la existencia del recíproco derecho de las partes a compelerse a elevar a escritura pública el contrato privado de compraventa, derecho que es omitido y desconocido por la propia estipulación sometida a estudio, la que, contrariando el contenido del artículo 1279 del Código Civil, lo deja a excitación del ejercicio y facultad únicamente del vendedor (Dicha Escritura Pública de Compraventa será autorizada a requerimiento de la parte vendedora...).

Cuarto. Respecto a la fecha de entrega la cláusula cuarta de los contratos establece al siguiente: “La finalización de las obras se fija, salvo causa de fuerza mayor, en el mes de noviembre de 2003. El vendedor pondrá a disposición del comprador en el plazo máximo de tres meses a partir de esta fecha, la vivienda y plaza de garaje citadas anteriormente, siempre que el comprador haya cumplido la totalidad de las obligaciones contraídas en este contrato”.

Que en el documento se observa que por parte de la empresa promotora no se hace constar una fecha de entrega de la vivienda en construcción.

La Administración aplica, entre otros fundamentos legales, el siguiente: art. 5.1, apartado 5, del Real Decreto 515/89, que determina que “en caso de que la vivienda o las zonas comunes o elementos accesorios no se encuentren totalmente edificados se hará constar con toda claridad la fecha de entrega (el subrayado es nuestro)”.

A ello se podría añadir además la Disposición Adicional Primera de la Ley 26/1984, de 19 julio, titulado “Cláusulas abusivas”, al señalar que “A los efectos previstos en el artículo 10 bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes:

I. Vinculación del contrato a la voluntad del profesional.

5.<sup>a</sup> La consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del profesional”.

Para la recurrente sí consta fecha de entrega.

Pues bien lo cierto es que no se fija una fecha límite determinada, pues la fecha así fijada no es determinada, sino

absolutamente indeterminable; no se establece “(...) con toda claridad (...)”, como dispone la norma.

Quinto. Respecto a la imputación de que la entidad no tiene una nota explicativa informando al estar prevista la subrogación del consumidor en operación hipotecaria, no concertada por éste, con garantía real sobre la propia vivienda, sin que se indique el Notario autorizante, fecha de escritura, datos de su inscripción ni vencimientos y cantidades, respecto de dicha operación de crédito, el art. 6.4 del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, dispone que: “Si se prevé la subrogación del consumidor en alguna operación de crédito no concertada por él, con garantía real sobre la propia vivienda, se indicará con claridad el Notario autorizante de la correspondiente escritura, fecha de esta, datos de su inscripción en el Registro de la Propiedad y la responsabilidad hipotecaria que corresponde a cada vivienda, con expresión de vencimiento y cantidades”.

En el caso de que se prevea en el contrato -como sucede en el de “litis”-, la subrogación del consumidor en alguna operación de crédito no concertada por él, con garantía real sobre la vivienda, debe indicar el promotor con claridad al Notario autorizante de la correspondiente escritura, la fecha de ésta, los datos de su inscripción en el Registro de la Propiedad y la responsabilidad hipotecaria que corresponde a cada vivienda, con expresión de vencimientos (art. 6.1.4.º del Real Decreto 515/1989 y 13.1.d) de la Ley 26/1984, de 19 de julio), comunicaciones que omite la empresa en uno de los contratos (así lo especifica el Acta de Inspección de fecha 28 de mayo de 2003 núm. 981/2003).

Sexto. Respecto a la imputación de que en los referidos contratos de compraventa, de la lectura de la cláusula séptima, queda claro que existe una falta de reciprocidad respecto de las consecuencias o perjuicios para las partes contratantes, en caso de incumplimiento de sus obligaciones, en beneficio para la promotora y en perjuicio grave para la compradora, al señalarse sólo las consecuencias de incumplimiento por la compradora. El artículo 10 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, establece que:

“1. Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios, y las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos:

c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

I. Vinculación del contrato a la voluntad del profesional.

3. La vinculación incondicionada del consumidor al contrato aun cuando el profesional no hubiera cumplido con sus obligaciones, o la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor que no cumpla sus obligaciones”.

II. Privación de derechos básicos del consumidor.

14. La imposición de renunciaciones o limitación de los derechos del consumidor”.

III. Falta de reciprocidad.

16. La retención de cantidades abonadas por el consumidor por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el profesional.

Merece la pena citar, aunque sea parcialmente, la clarividente Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, núm. 564/2000 (Sección 3.ª), de 10 octubre, donde se juzgaba la validez o no de una cláusula (la número 4 del contrato en cuestión) con el siguiente tenor:

“Caso de que el titular de la reserva-comprador desistiera de la compra o no se presentase a formalizar y firmar el correspondiente contrato o escritura pública de compraventa dentro del plazo indicado, perderá todo su derecho a la reserva, que quedará nula y sin valor ni efecto, y la cantidad entregada en este acto quedará en poder y propiedad de la vendedora, conforme al artículo 1454 del Código Civil y en concepto de indemnización por los perjuicios ocasionados y por la limitación de la facultad de disposición que esta reserva comporta. Si fuera PROIMPIR, S.L. quien desistiera de la operación, deberá devolver al comprador la cantidad que hoy recibe como señal o arras”:

“Quinto. Debe ser, por consiguiente, analizada la cláusula 4.ª del documento a la luz de la Ley sobre condiciones generales de la contratación que ha modificado la LGDCU introduciendo el actual art. 10.bis y la disposición adicional primera.

La referida cláusula regula la facultad de desistimiento del contrato. Reconoce la misma para ambas partes sin necesidad de causa justificada, esto es, una facultad de desistimiento ad nutum, pero con consecuencias distintas para ambas partes: la empresa predisponente deberá devolver las arras o señal entregada por la consumidora adherente (500.000 ptas.), mientras que la demandante adherente perderá las mismas.

Las cláusulas de desistimiento o resolución unilateral que autorizan al empresario predisponente a poner fin al contrato sin justificación suficiente y, todavía más grave, ad nutum o de forma libre utilizadas en los formularios de condiciones generales en contratación con consumidores han sido calificadas de abusivas por la Ley 7/1998. Así lo establecen los actuales números 2 y 17 de la Disposición Adicional Primera de la LGDCU, los cuales -como medida protectora de los intereses de los consumidores- prohíben las cláusulas, como el tenor de la analizada, que autorizan al predisponente a desvincularse del contrato de forma arbitraria o sin causa justificada y sin incurrir en responsabilidad frente al consumidor; también contrarias al art. 1256 Cc en contratación con no consumidores, ya que prohíbe dejar al arbitrio de una de las partes la validez y el cumplimiento del contrato. El núm. 2 de la D.A. 1.ª establece que serán abusivas las cláusulas que prevean el derecho del empresario de resolver el contrato “salvo por incumplimiento o por motivos graves que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del mismo”, es decir, la mencionada disposición pretende especificar las circunstancias que constituirán justa causa de resolución, distinguiendo al respecto entre incumplimiento del adherente y alteración sobrevinida de las circunstancias (art. 1124 y 1129 Cc). Como ha afirmado reiteradamente la doctrina y la jurisprudencia no cabe cualquier incumplimiento sino que ha de consistir en un incumplimiento de las obligaciones principales. De este modo se prohíbe la resolución ad nutum o libre del contrato por el predisponente, debiendo establecer la cláusula las causas de resolución de forma concreta para que el consumidor adherente pueda en todo momento conocer qué hechos son susceptibles de provocar la extinción del contrato, que deberán ser concretos y de entidad suficiente. Además, indirectamente con la prohibición de las cláusulas de resolución ad nutum se impide que el empresario pueda burlar las normas sobre exoneración de responsabilidad por incumplimiento contractual (núms. 9, 10 y 12 D.A. 1.ª), ya que esta clase de cláusulas autoriza al empresario a desvincularse del contrato arbitrariamente pero sin incurrir en responsabilidad frente al consumidor.

No obstante, el núm. 17 de la D.A. 1.ª parece que admite las cláusulas de resolución discrecional del contrato siempre que al consumidor se le reconozca dicha facultad (objeto de crítica por la práctica unanimidad de la doctrina en contratación bancaria y de seguros). El citado precepto establece que es abusiva “La autorización al profesional para rescindir el contrato discrecionalmente si al consumidor no se le reconoce la misma facultad”, lo que sucede con el tenor de la cláusula del documento suscrito por las partes en la presente litis, que reconoce dicha facultad de desistimiento para ambas partes.

Sexto. Admitida en el presente contrato a tenor del núm. 17 D.A. 1.ª cláusula 4.ª que contiene la facultad de desistimiento ad nutum para ambas partes contratantes, no obstante es el supuesto del núm. 16 D.A.1.ª el directamente aplicable al presente caso. Dicho número considera abusiva “la retención de cantidades abonadas por el consumidor por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el profesional”.

Una cláusula de este tipo infringe el art. 1454 CC dedicado a regular las arras, precepto según el cual “si hubiesen mediado arras o señal en el contrato de compra y venta, podrá rescindirse el contrato allanándose el comprador a perderlas o el vendedor a devolverlas duplicadas”. Por ello, afirma la doctrina que la cláusula 16.ª debería haberse redactado de modo más claro como “La alteración, en cualquier tipo de contrato, de las normas legales en materia de arras en perjuicio del consumidor” (Alfaro, B. de los R.). En efecto, las arras consisten en la entrega de una suma de dinero o de cualquier otra cosa que un contratante hace a otro con el fin de asegurar una promesa o un contrato (arras confirmatorias), garantizar su cumplimiento (arras penales), o facultar al otorgante para poder rescindirle libremente consintiendo en perder la cantidad entregada (arras penitenciales), como las pactadas en el documento. Del tenor de la cláusula 16.ª se deduce que la misma alude precisamente al supuesto de las arras penitenciales, que cumplen la función de permitir a ambos contratantes desligarse posteriormente del contrato ya perfeccionado y, por tanto, obligatorio. Se faculta a ambas partes para desistir del contrato mediante, eso sí, una contraprestación por el desistimiento. Tal y como se desprende del art. 1454 Cc el contratante que desiste del contrato debe perder las arras si fue quien las entregó o devolverlas duplicadas, si fue quien las recibió.

Es por ello que una cláusula como la núm. 16 es abusiva, ya que no puede el predisponente quedarse con las cantidades pagadas por el consumidor si éste desiste, pero en cambio, en caso de desistimiento por el profesional que éste no tenga que devolverlas duplicadas. El fundamento del carácter abusivo de la cláusula es el enriquecimiento injustificado que ello produce en el predisponente.

Y esto es lo que sucede con la cláusula 4.ª analizada. Por un lado establece la facultad de desistimiento unilateral a favor de la empresa demandada, sin causa justificada y sin ningún tipo de consecuencias. Por otro lado, contempla esta facultad para la demandante-adherente, eso sí con la pérdida de la cantidad dada en concepto de arras o señal. Como afirma literalmente la sentencia de instancia “En dicha cláusula únicamente está penalizada la parte compradora, la cual además de perder la cantidad entregada, está siempre a la voluntad de lo que quiera disponer la parte vendedora, ya que ésta puede incurrir en mora para entregar la vivienda objeto del contrato durante más de dos años y la única penalización es para la parte compradora, que pierde la suma entregada si desiste; mientras que la parte vendedora puede desistir en cualquier momento sin ninguna clase de requerimiento y sin pagar por ello cantidad alguna, lo que implica que cuando tuviera un nuevo comprador dispuesto a pagar mayor cantidad, sólo tenía (como hizo la parte demandada en el presente caso) no fijar un día y hora concreto para la formalización del contrato, darle “largas” a la parte compradora con quien estipuló

el contrato y posteriormente “desistir”, alegando además que ya había pasado el plazo para formalizar el contrato de compraventa”.

En consecuencia, debe ser declarada abusiva no la totalidad de la cláusula 4.ª, sino exclusivamente la última frase que para el caso de desistimiento de la empresa demandada, ésta sólo “deberá devolver al comprador la cantidad que hoy recibe como señal o arras”.

Séptimo. La Disposición Adicional Primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, sobre cláusulas abusivas, dispone en el apartado 27 que: “A los efectos previstos en el artículo 10.bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes:

27. La previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquel en que se encuentre el bien si fuera inmueble, así como los de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor a la elección de fedatario competente según la Ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato”.

Recordemos al respecto que la cláusula undécima de los contratos señala que “Para cualquier cuestión que pudiera derivarse de la interpretación de este contrato, ambas partes se someten con renuncia expresa de otro fuero que pudiera corresponderles, a la tutela de los Juzgados y Tribunales de Almería”.

La resolución impugnada dice claramente que es cláusula abusiva porque en Roquetas de Mar hay juzgados, a lo que habría que añadir, “competentes por razón de la materia”; recordemos que las viviendas están situadas en el citado municipio. Es obvia la infracción.

Octavo. Conviene recordar que la jurisprudencia constitucional fundamenta el deber de motivación de las resoluciones administrativas en el principio de tutela judicial efectiva (art. 24 de la CE), tanto para evitar la arbitrariedad de la Administración como para evitar la indefensión del administrado (SS.TC 232/1992, 154/1995, 88/1998), lo que no obliga a un razonamiento estricto y pormenorizado de todos los aspectos de la cuestión, siempre que el administrado pueda llegar a conocer los criterios fundamentales de la decisión, constatándose que el Tribunal Constitucional ha legitimado la legalidad de resoluciones escuetas, concisas, de motivación por remisión y aun de resoluciones seriadas (SS.TC 174/1987, 69/1988, 150/1988).

La sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1981 declara que “cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos (o la plasmación expansiva total de las expectativas) la decisión es tan grave que necesita encontrar una especial causalización, y el hecho o conjunto de hechos que lo justifiquen deben explicitarse, con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó (o su expectativa no se materializó en todo o en parte) y los intereses que se supeditó; de este modo, la motivación no es sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio, es decir, no sólo es un requisito formal, sino también, esencialmente, de fondo”.

En la Resolución (77) 31 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 27 de septiembre de 1977, se recomendó que en la legislación de los países europeos se recogiese el principio de que “cuando un acto administrativo es susceptible de afectar a los derechos, libertades e intereses, el administrado deberá ser informado de los motivos sobre los que se funda”. En esta línea Sentencias del Tribunal Supremo de 9.7.94, 2.3.89, 30.11.91, 23.12.91, 13.4.94, 27.6.94,

12.4.95, 8.6.95, 12.7.95, 18.10.95, 2.2.96, 8.2.96 y 23.5.96.

El artículo 138.1 de la Ley 30/1992 establece que “la resolución que ponga fin al procedimiento habrá de ser motivada y resolverá todas las cuestiones planteadas en el expediente”, y el art. 54.1 de la misma Ley habla respecto de la motivación de “sucinta referencia a los hechos y fundamentos de derecho”; deber que, según se desprende del expediente administrativo, ha sido cumplido. Analizadas tanto la propuesta de resolución como la resolución impugnada no se observa incumplimiento del citado precepto.

Noveno. El principio de presunción de inocencia, que recoge como derecho fundamental el art. 24.2 de la Constitución, comporta, como ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia 76/1990, de 26 de abril, entre otras, que “la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada, que la carga de la prueba corresponde a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia, y también que la insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio”. No existe la alegada vulneración del citado principio.

Décimo. Respecto a la desproporción de la sanción, debemos partir de que los límites son los enmarcados en el art. 36 de la Ley 26/1984, de 19 de julio (en este sentido, el TSJA, Sala Sevilla, en sentencia de 3 de abril de 2000 (FJ Cuarto) declara: “Respecto a la cuantía de la multa sostiene la recurrente que el Decreto 1945/1983 que establece el límite máximo de 100.000 pesetas prevalece sobre la LGDCU conforme a la propia disposición final segunda que establece: “A efectos de lo establecido en el Capítulo IX, será de aplicación el Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, sin perjuicio de sus ulteriores modificaciones o adaptaciones por el Gobierno”. Sin embargo ello hay que entenderlo respecto a las infracciones y sus tipificaciones porque manteniendo la sanción de multa de forma idéntica al Decreto, siendo diferente la cuantía de las previstas en aquel debe entenderse derogado en tal aspecto por la Ley superior en rango y posterior en el tiempo”, que 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 leve.

En cuanto a los criterios de graduación, el primer párrafo del fundamento de derecho tercero de la resolución recurrida los establece y a ellos estamos, que damos por reproducidos en aras del principio de economía procesal; los importes impuestos para cada infracción se adecuan a los límites de la normativa antes citada, y por extensión a los importes señalados en la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, cuyo artículo 74 permite para las infracciones leves multas de hasta 5.000 euros.

En la resolución del presente recurso se ha tenido en cuenta, pues, lo dispuesto en la Disposición Transitoria Segunda 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 128.2 de la LRJAP-PAC sobre la aplicación de las disposiciones sancionadoras más favorables.

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

### RESUELVO

Desestimar el recurso de alzada interpuesto por don Pablo Gómez Calvache en nombre y representación de la entidad "Fuentevictoria, S.L.", contra resolución de la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía en Almería, 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, Fdo.: Rafael Cantueso Bргуillos.»

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, 24 de enero de 2005.- 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 Javier Domingo Martínez, contra otra dictada por el Delegado del Gobierno en Jaén, recaída en el expediente J-125/02-EP.*

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 Javier Domingo Martínez, 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 Jaén, 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 veintisiete de diciembre de dos mil cuatro.

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

### ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. A la vista del contenido de la denuncia de fecha 17 de mayo de 2002, formulada por miembros de la Policía Local del Excmo. Ayuntamiento de Jaén, se acordó la iniciación de expediente sancionador, contra don Javier Domingo Martínez, con domicilio en la Plaza de San Miguel, núm. 4, de Jaén, por supuesta infracción a la normativa vigente en materia de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, sobre la base de los siguientes hechos:

El día 17 de mayo de 2002, a las 5,30 horas, por miembros de la Policía Local del Excmo. Ayuntamiento de Jaén, se pudo comprobar cómo el establecimiento denominado "Pub Morocco", sito en la C/ Santa Alicia, núm. 6, de Jaén, y cuya titularidad corresponde a don Javier Domingo Martínez, se encontraba abierto al público, con unas treinta personas en su interior, efectuando consumiciones, excediéndose del horario permitido careciendo de la preceptiva licencia municipal de apertura y funcionamiento.

El hecho de encontrarse el establecimiento abierto al público careciendo de la licencia municipal de apertura se encuentra tipificado como infracción grave en el artículo 20.1, en relación con el artículo 19.1 de la Ley 13/99, de 15 de diciembre, de Espectáculos Públicos y Actividades, que determina como tal la apertura o funcionamiento de establecimientos públicos, fijos o no permanentes, destinados a la celebración de espectáculos públicos o actividades recreativas, careciendo de las correspondientes licencias o autorizaciones al no apreciarse en el presente caso situación de riesgo para personas o bienes.

El hecho de permanecer abierto el local fuera del horario permitido infringe lo dispuesto en el artículo primero de la Orden de 14 de mayo de 1987, por la que se determinan los horarios de cierre de espectáculos y establecimientos públicos, encontrándose tipificada como falta grave en el número 19 del artículo 20 de la Ley 13/99, de 15 de diciembre, de Espectáculos, que determina como tal el incumplimiento de los horarios permitidos de apertura y cierre de establecimientos públicos destinados a espectáculos públicos o a actividades recreativas.

Segundo. Con fecha 5 de mayo de 2003, el Ilmo. Sr. Delegado del Gobierno de la Junta de Andalucía en Jaén dictó resolución por la que se imponía a don Javier Domingo Martínez una multa de 1.500 €, por carecer de la preceptiva licencia municipal de apertura, y 600 €, por el exceso de horario.

Tercero. Notificada oportunamente la resolución sancionadora, el recurrente interpone recurso de alzada, conforme al artículo 114 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuyas alegaciones, en síntesis, son las siguientes:

- Es incierto que se carezca de la correspondiente licencia de apertura.
- El local fue cerrado el día 17 de mayo a las 4 de la mañana tal y como establece la citada Orden de 14 de mayo de 1987.
- Tanto su personal como él mismo se quedaron esa noche a altas horas para realizar una valoración de las existencias del local y limpieza general.
- Se aporta declaración jurada de los empleados que se encontraban esa noche trabajando en el negocio.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Esta Secretaría General Técnica es competente, por delegación de la Excmo. Sra. Consejera de Gobernación realizada por Orden de 30 de junio de 2004 (BOJA núm. 140, de 19.7.2004), para conocer y resolver el presente recurso, a tenor de lo dispuesto en los artículos 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 11/2004, de 24 de abril, sobre reestructuración de Consejerías, el Decreto 199/2004, de 11 de mayo, por