

dividirá en dos tramos, inferior y superior, de igual extensión. Sobre esta base se observarán, según las circunstancias que concurren, las siguientes reglas: 2.º Si concurre sólo una circunstancia agravante (como ocurre en el presente supuesto), la sanción se impondrá en su mitad superior. Cuando sean varias o una muy cualificada, podrá alcanzar la cuantía máxima de dicha mitad...», en relación con el artículo 79.1.b) del mismo texto legal que manifiesta: «... 2. Son circunstancias agravantes:

a) La reincidencia, b) La reiteración...» (lo que acontece en el presente supuesto, en el que como manifiesta la resolución impugnada al apreciarse la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia y reiteración, que se detallan en la citada resolución y que no se reiteran por motivos de economía procesal), procede la cuantía de la sanción impuesta en la resolución impugnada que se entiende dictada ajustada a derecho.

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

RESUELVO

Desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña Marta Patricia Sánchez Manso, en representación de «Phone Warehouse, S.L.», contra la resolución del Delegado del Gobierno de la Junta de Andalucía en Jaén recaída en el expediente Núm. 23-000206/07-P (SL/RM/2008-55-228), y en consecuencia mantener en sus propios términos la resolución impugnada.

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

Contra la presente resolución, que agota la vía administrativa, se podrá interponer recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación o publicación, ante los correspondientes órganos judiciales de este orden, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.1 de la Ley 29/98, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Sevilla, 5 de marzo de 2009.- El Jefe de Servicio de Legislación, Manuel Núñez Gómez.

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 59.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, e intentada sin efecto la notificación personal a doña Marta Patricia Sánchez Manso, en nombre y representación de Phone Warehouse, S.L., de la Resolución adoptada por el Secretario General Técnico, al recurso administrativo interpuesto, contra la dictada por el Delegado del Gobierno de la Junta de Andalucía en 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 Secretaria General Técnica (Plaza Nueva, 4, Sevilla), pudiendo acceder al mismo previa acreditación de su identidad.

«En la ciudad de Sevilla, a dieciocho de diciembre de 2008.

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

ANTECEDENTES

Primero. El día 28 de agosto de 2007 el Delegado del Gobierno de la Junta de Andalucía en Jaén acordó la iniciación de expediente sancionador contra la entidad «Phone Warehouse, S.L.», ya que girada visita de inspección al establecimiento dedicado a la actividad de venta de telefonía, a consecuencia de la reclamación formulada por un consumidor, fueron constatados los siguientes hechos:

- Incumplir requerimientos de la Administración.

Segundo. Tramitado el expediente en la forma legalmente prevista, el día 4 de enero de 2008 dictó resolución por la que se impone a la citada entidad una sanción de 5.000 euros, por infracción administrativa tipificada en el artículo 71.7.3 de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía, con relación a lo dispuesto en los artículos 47.1.c), 49.2 y 50 del mismo texto legal.

Tercero. Notificada la Resolución el día 16 de enero de 2008, el interesado interpuso el 15 de febrero recurso de alzada, en el que reitera lo dicho en actuaciones precedentes con relación a que el importe de la sanción es desproporcionado, ya que no se ha tenido en cuenta los criterios legales de graduación de la misma (ausencia de voluntad infractora, por cuanto los hechos imputados son consecuencia de un descuido o defecto de organización de la empresa, perjuicios causados...).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Esta Secretaria General Técnica es competente, por delegación de la Consejera realizada por 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 (en adelante, LRJAP-PAC) y 26.2 j) de la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía, en relación con el Decreto del Presidente 10/2008, de 19 de abril, sobre reestructuración de Consejerías, y el Decreto 191/2008, de 6 de mayo, por el que se aprueba la estructura orgánica de la Consejería de Gobernación.

Segundo. Del examen del expediente e informe emitido por el organismo competente se desprende que los hechos imputados no han quedado desvirtuados por el interesado que reproduce las alegaciones planteadas en el curso del procedimiento y que fueron perfectamente rebatidas en la propuesta de resolución y en la resolución sancionadora, notificadas legalmente al recurrente. Estudiadas nuevamente las mismas, ratificamos y hacemos nuestras las argumentaciones reflejadas en el procedimiento sancionador y que no duplicamos nuevamente al ser conocidas por el interesado.

Todas las alegaciones que el recurrente formula en su recurso de alzada no se relacionan con elementos nuevos que no se hayan contemplado ya en el procedimiento. Por tanto y una vez estudiado el presente recurso, sus alegaciones y el procedimiento sancionador debemos concluir que ninguna de las alegaciones vertidas por el recurrente exonera la responsabilidad infractora.

En suma, en aras al principio de economía procesal y para evitar innecesarias repeticiones nos remitimos íntegramente a los distintos razonamientos y considerandos que se han vertido en los sucesivos trámites del procedimiento ad-

ministrativo en tanto y en cuanto, el recurso administrativo, en cuanto medio de impugnación dirigido a la revocación o reforma de las resoluciones administrativas, debe consistir en una razonada crítica de la motivación contenida en el acto recurrido, de manera que no es admisible la mera reiteración o reproducción de aquellas manifestaciones que el interesado realizó en el trámite de alegaciones, por cuanto estas ya fueron contestadas y rebatidas acertadamente en la resolución que puso fin al procedimiento. En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1990.

Tercero. No obstante lo anterior manifestar que, en toda infracción culposa la responsabilidad tiene su base, no en la malicia sino en la ligereza, abandono o descuido del infractor, en suma, la falta de previsión y la omisión de las precauciones exigibles, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, que preceptúa: "Solo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia...", lo cual hace que el sistema administrativo sancionador, que tantas similitudes presenta con el penal, se diferencie de éste en dos aspectos fundamentales: la posibilidad de que sea responsable de la infracción una persona jurídica, como es el caso que contemplamos, y la no exigencia de dolo o culpa, sino la simple negligencia, para que se pueda entender cometida la infracción. La conducta de la expedientada, por tanto, contiene todos los elementos para ser sancionable, en tanto y en cuanto se trata de una conducta antijurídica típica y culpable.

La sentencia de la Sala en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 13 de julio de 2001, al analizar la culpa en los procedimientos sancionadores, dice en su fundamento jurídico cuarto: la sentencia del Tribunal Constitucional 76/1990, expresa que la Constitución, consagra sin duda el principio de culpabilidad, como principio estructural básico del derecho penal; este principio rige también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en que la sanción de dicha infracción, es una de las manifestaciones del "ius puniendi" del Estado, resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa. Si bien en el derecho penal, las personas jurídicas no podían ser sujetos activos del delito en base al aforismo "societas delinquere non potest", actualmente de conformidad con el art. 31 del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, las personas que actúen en nombre o representación o como administradores, responderán personalmente aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones, si concurren en la entidad o persona jurídica; por ello se entiende por la doctrina jurídica, que las personas jurídicas tienen verdadera entidad real, como sujetos o titulares de derechos y lo que constituiría una ficción sería la aplicación de la pena a su componentes directores o representantes, cuya voluntad se halla, posiblemente, en desacuerdo con la voluntad colectiva. En el derecho administrativo se admite la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles capacidad infractora, lo cual, no significa que para el caso de las infracciones administrativas perpetradas por personas jurídicas, se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino que se ha de aplicar necesariamente de forma distinta; lo cual, como afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1994, no comporta preterición del principio de culpabilidad, ni del de personalidad de la sanción, sino acomodación de estos principios a la responsabilidad por infracciones administrativas de las personas jurídicas, en las que falta el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidas, ya que se encuentran obligadas, por exigencia de su misma naturaleza, a actuar por medio de personas físicas. La misma solución, se encuentra recogida en la sentencia del Tribunal Constitucional 246/1991, de 19 de diciembre, al establecer

que la atribución de la autoría de la infracción administrativa a la persona social, nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos, en los que la reprochabilidad directa de la infracción deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha norma, sea realmente eficaz, y del riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica, que está sujeta al cumplimiento de dicha norma.

En el presente supuesto, la responsabilidad de la infracción recae en el autor del hecho, responsabilidad para la que no se precisa la concurrencia de una intencionalidad específica por parte del autor ya que cabe la imputación aún a título de simple inobservancia que se concreta en la falta de diligencia observada siendo irrelevante lo aducido por cuanto, tales hechos no constituyen un hecho inevitable ni imprevisible, sino que se trata de un deber de cuidado de quienes profesional y habitualmente se dedican a la puesta en el mercado de bienes, servicios o utilidades, es obvio que se trata de una actuación previsible que permite adoptar las correspondientes cautelas.

Cuarto. La sanción propuesta ha de considerarse adecuada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 13/2003, y en relación con la gravedad de los hechos imputados en tanto y en cuanto toda sanción debe ser determinada en congruencia con la entidad de la infracción cometida y de conformidad con el principio de proporcionalidad que rige toda actuación administrativa (artículo 131 de Ley 30/1992), debiendo preverse que el pago de la sanción no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de la norma infringida.

En el presente supuesto queda suficientemente probado que la empresa no ha presentado la documentación requerida, en tal sentido procede afirmar que lo que se sanciona es no haber atendido el requerimiento formal de la Administración, lo cual resulta cierto y probado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 137.3 de la Ley 30/1992, y 52 de la Ley 13/2003, que determinan que los hechos constatados por funcionario público, como ocurre en el presente caso, tienen valor probatorio, salvo prueba en contrario. Es una presunción de certeza, presunción iuris tantum, que admite prueba en contrario, y sólo se desvirtúa cuando del conjunto de pruebas aportadas se deduzca de manera concluyente lo contrario, lo cual no ocurre en el presente caso, en el que el interesado realiza alegaciones carentes de virtualidad suficiente para desvirtuar los hechos imputados.

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 80.1.2.º de la Ley 13/2003, a cuyo tenor: "A efectos de graduación de la sanción de multa, en función de su gravedad, esta se dividirá en dos tramos, inferior y superior, de igual extensión. Sobre esta base se observarán, según las circunstancias que concurren, las siguientes reglas: 2.º Si concurre sólo una circunstancia agravante, (como ocurre en el presente supuesto), la sanción se impondrá en su mitad superior. Cuando sean varias o una muy cualificada, podrá alcanzar la cuantía máxima de dicha mitad...", en relación con el artículo 79.1.b) del mismo texto legal que manifiesta: "... 2. Son circunstancias agravantes:

a) La reincidencia, b) La reiteración...", (lo que acontece en el presente supuesto, en el que como manifiesta la resolución impugnada al apreciarse la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia y reiteración, que se detallan en la citada resolución y que no se reiteran por motivos de economía procesal), procede la cuantía de la sanción impuesta en la resolución impugnada que se entiende dictada ajustada a derecho.

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

RESUELVO

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

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

Contra la presente Resolución, que agota la vía administrativa, se podrá interponer recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación o publicación, ante los correspondientes órganos judiciales de este Orden, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.1 de la Ley 29/98, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

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

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 59.5 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, e intentada sin efecto la notificación personal a doña Marta Patricia Sánchez Manso, en nombre y representación de Phone Warehouse, S.L., de la resolución adoptada por el Secretario General Técnico, al recurso administrativo interpuesto, contra la dictada por el Delegado del Gobierno de la Junta de Andalucía en 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 Secretaria General Técnica (Plaza Nueva, 4, Sevilla), pudiendo acceder al mismo previa acreditación de su identidad.

«En la ciudad de Sevilla, a 10 de diciembre de 2008.

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

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

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

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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