

**JUR 2002\14078**

**Sentencia Tribunal Superior de Justicia Castilla-La Mancha núm. 82/2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 2 octubre**

**Jurisdicción: Contencioso-Administrativa**

**Recurso de Apelación núm. 48/2001.**

Ponente: Ilmo. Sr. D. Vicente Rouco Rodríguez.

CONSUMO: Infracciones: protección al consumidor: imposición al consumidor de bienes o servicios no solicitados: cines: prohibición de acceder con productos del exterior: examen: libre capacidad de elección: limitación de: existencia: infracción existente.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Toledo dictó Sentencia, el 12-02-2001, que desestima recurso contencioso-administrativo contra Resolución que impone sanción por infracción de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. El TSJ desestima el recurso de apelación interpuesto.

Texto:

En Albacete a dos de octubre de dos mil uno.

Visto por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha el recurso de apelación, interpuesto contra la Sentencia de fecha 12 de febrero de 2001, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Toledo en el recurso Contencioso-Administrativo núm. 259 de 2000, seguido en dicho Juzgado por el procedimiento especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona; sobre sanción en materia de consumo; siendo parte apelante la entidad MULTICINES MARIA CRISTINA SL, representada en esta alzada por el Procurador D. Francisco P. R. y defendida por la Letrada D<sup>a</sup> Asunción O. P.; y parte apelada la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, representada y defendida por los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma; habiendo intervenido el Ministerio Fiscal; y siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Vicente Manuel Rouco Rodríguez, Presidente de Sala.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO El referido Juzgado dictó sentencia de fecha 12 de febrero de 2001 en los precitados autos cuya Parte Dispositiva literalmente transcrita dice así: «Debo desestimar y desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el cauce previsto para la Protección de los Derechos Fundamentales por Don Luis Fernando R. C., Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de la mercantil "Multicines María Cristina, SL", contra la resolución dictada por la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha de 31 de octubre del 2000, por el procedimiento para la Protección de los Derechos Fundamentales, por no vulnerar la resolución recurrida y la que ésta confirma ningún derecho susceptible de recurso de amparo; todo ello sin hacer pronunciamiento alguno en materia de costas».

SEGUNDO Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora, presentando escrito en el cual formuló las alegaciones en que se fundamentaba, terminando con la súplica de sentencia por la que estimando el recurso de apelación declare la nulidad de las resoluciones recurridas por vulnerar el principio de tipicidad del artículo 25.1 de la C.E. (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875) dejándolas sin efecto y condenando a la Administración que dictó las mismas a las costas procesales.

TERCERO Admitido a trámite el recurso escrito fue sustanciado por sus prescripciones legales en el Juzgado, dando traslado del mismo a la parte apelada que formalizó escrito de oposición haciendo las alegaciones que estimó oportunas y terminaba solicitando la desestimación del recurso.

CUARTO Una vez elevadas las actuaciones a esta Sala, y subsanada la omisión de la falta de traslado al Ministerio Fiscal que verificó el trámite evacuando dictamen en el cual solicitaba la desestimación del recurso y sin necesidad de vista ni de conclusiones, ha señalado para que tenga lugar la votación y fallo del recurso el día 20 de septiembre de 2001, momento en que tuvo lugar el acto.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO La sentencia apelada desestimó el recurso Contencioso-Administrativo formulado por la actora por el cauce del procedimiento especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona de la LJCA (RCL 1956, 1890 y NDL 18435) contra la Resolución de 31 de octubre de 2000 de la Dirección General de Consumo de la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha por la que se desestima recurso de alzada interpuesto frente a la resolución de la Delegación Provincial de la misma Consejería en Toledo de 19 de julio de dicho año, por la que se le impuso a la citada entidad una multa de 100.000 por considerar que era responsable de una infracción administrativa calificada de leve prevista y sancionada en los artículos 10. 1 c) en relación con el artículo 10 bis I y 34. 9 de la Ley 26/1984, de 19 de julio (RCL 1984, 1906 y ApNDL 2943), General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y artículo 3.2.8 del Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio (RCL 1983, 1803, 2247, 2343 y ApNDL 11245) y sancionable de acuerdo con los artículos 35 y 36. 1 de aquella Ley.

Los hechos que se estimaron probados y constitutivos de la infracción parten del acta de inspección levantada en 13 de agosto de 1999 en que se reflejaba la colocación en la puerta de entrada del local -sala de cines- de un cartel en que se leía «Prohibido acceder a las salas con productos comprados en el exterior del local»; y consisten en la imposición a los consumidores y usuarios que pretendan acceder a las salas de cine con comida y bebida la condición de comprar dichos productos únicamente en el interior del local, considerando dicha cláusula abusiva al perjudicar al consumidor y comportar una posición de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, teniendo en cuenta que la actividad básica de la empresa no es la venta y distribución de comida y bebida.

La actora entendió que las citadas Resoluciones sancionadoras vulneraban el derecho fundamental a la legalidad en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador o tipicidad recogido por el artículo 25.1 de la C.E. (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875) así como en relación con lo anterior el artículo 24.1 en cuanto la actuación Administración al aplicar los tipos sancionadores recogidos en aquellas Resoluciones genera inseguridad jurídica e incertidumbre que son incompatibles con la tutela judicial efectiva interponiendo recurso Contencioso-Administrativo ante el Juzgado de instancia por la vía del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona - Capítulo I del Título V de la LJCA-.

La Sentencia decidió que no se producía la vulneración de los derechos fundamentales invocados por la actora, y ésta ha presentado recurso de apelación en el que centra la impugnación ya únicamente en el principio de tipicidad constitucionalmente consagrado en el artículo 25. 1 de la C.E.

SEGUNDO Hemos de advertir que la sentencia apelada consideró que las Resoluciones recurridas no vulneraban la garantía formal y material de *lex previa* y *lex certa* incorporadas al principio de legalidad en materia sancionadora, pues aplican preceptos con rango formal de Ley que describen las conductas de manera predeterminada con el grado de certeza constitucionalmente exigible. Se trata de los artículos 10.1 c) en relación con el artículo 10 bis I y 34.9 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, pues según el Juez de instancia la Ley establece lo que se considera cláusula abusiva y prevé como infracción y sanciona la introducción de cláusulas abusivas en los contratos. El que -en palabras literales de la sentencia- las resoluciones administrativas recurridas citen como infringido el artículo 3.2.8 del Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, no significa que la mismas infringen el derecho fundamental invocado. Razona la sentencia que la parte recurrente plantea en rigor una cuestión atinente a la subsunción y correlación que en todo caso debe dar lugar a que las resoluciones deban ser revisadas en el procedimiento común.

TERCERO En su escrito de apelación la parte recurrente al impugnar la conformidad a derecho de la sentencia apelada parece que se centra exclusivamente en la perspectiva de vulneración del principio de legalidad por las resoluciones recurridas en la fase de interpretación y aplicación. Argumentando en síntesis una incorrecta interpretación por la sentencia de los presupuestos que determinan la infracción de los principios de legalidad y tipicidad consagrados por el artículo 25. 1 de la C.E. Dicha situación se habría producido a su juicio por cuanto las Resoluciones hacen una interpretación extensiva y analógica de las normas aplicadas que por su fundamento carece de razonabilidad. Ante todo sostiene la inexactitud del hecho imputado en cuanto impone a los consumidores comprar comida y bebida en el interior del local siendo así que la entidad recurrente no obliga a la adquisición de producto alguno en dicho local, y esa «manipulación» del hecho imputado constituye -dice- una interpretación in *malam partem*. Por otro lado, afirma que los artículos 34.9 y 10-1 c) y 10 bis I de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, son por sí solos insuficientes para fundar la imposición de una sanción al carecer de la determinación y

taxatividad necesarias, siendo necesario recurrir a la D.A. Primera de la Ley para saber la concreta cláusula abusiva de que se trata, lo cual ha de consignarse expresamente en la Resolución sancionadora. A este respecto no admite la referencia de dicha resolución a la cláusula recogida en el apartado 23 de dicha Disposición ("la imposición al consumidor de bienes o servicios complementarios o accesorios no solicitados") pues según su opinión se hace de manera incidental y la prohibición recogida en la sala de cine no supone la imposición de prestación de tales bienes o servicios no solicitados, ya que al consumidor se le deja en libertad para realizar dicha consumición en el interior del local y los productos consumidos en su caso son a su solicitud libre y voluntaria. Por otro lado, niega que la calificación de la conducta pueda hacerse mínimamente con arreglo al artículo 3.2.8 del Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio.

CUARTO Ante todo tenemos que convenir con el juzgador «a quo» que los preceptos de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aplicados por las Resoluciones recurridas responden a las exigencias de certeza y predeterminación normativa derivadas del principio de legalidad penal y sancionadora pues tipifican como conducta constitutiva de infracción administrativa la introducción de cláusulas abusivas en los contratos (artículo 34.9) precepto cuya aplicación requiere de la determinación previa del concepto de cláusula abusiva de los contratos que desde la Ley 7/1998, de 13 de abril (RCL 1998, 960), sobre Condiciones Generales de la Contratación, el cual viene explícitamente definido por norma con el rango formal de Ley requerido en los artículos citados por aquellas resoluciones, por una parte el artículo 10.1 cuando al regular los requisitos que deben reunir 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, señala expresamente en el apartado c) la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas. Por otro lado, de manera precisa en el artículo 10 bis 1 dispone que Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente 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.

Cierto que el último precepto señala que en todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente Ley. Pero la referencia efectuada a la D.A. 1ª sirve como enumeración no limitativa llevada a cabo incluso a título de ejemplo de una serie de cláusulas que se consideran abusivas de manera explícita por el legislador, y en todo caso de manera simplemente enunciativa y no limitativa, por lo que no puede sostenerse que su no inclusión en la relación de la citada D.A. determine la exclusión del concepto de abusiva de una cláusula no negociada individualmente, y lo decisivo para la caracterización como tal de una cláusula de esa naturaleza es que la misma revista los presupuestos definidos por el concepto legal, un concepto legal que requiere obviamente de concreción en cada caso pero que incorpora los elementos materiales precisos para cumplir las exigencias de certeza y predeterminación

derivadas del principio de legalidad, de modo que la interpretación administrativa o judicial de si una determinada cláusula es o no abusiva debe hacerse a la luz de dicha definición, sin que vulnere el principio de legalidad, y se convierte en una cuestión o problema de subsunción de la conducta en el seno del tipo, por lo que no contravendrá el principio de legalidad si se hace con una operación que no rebase los parámetros de racionalidad que viene exigiendo tanto el TC como la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Por tanto debemos rechazar la tesis de la parte recurrente de que una cláusula que no esté recogida en la D.A. no puede considerarse abusiva a los efectos de su incardinación en la conducta tipificada como infracción administrativa en el artículo 34.9 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, después de su modificación por Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

QUINTO Por otro lado entrando en el problema de la interpretación administrativa realizada de la conducta señalada debemos rechazar que se haya producido una manipulación del hecho imputado contraria a la prohibición de la analogía in malam partem y en definitiva al principio de legalidad.

Aun cuando en efecto bajo la rúbrica de hechos probados la resolución originaria sancionadora no sólo se limita a la mera transcripción de los hechos que se consideran acreditados con asepsia de todo concepto jurídico sino que se lleva a cabo una valoración jurídico-sancionadora de la conducta que se enjuicia, ello no es sino un problema de pura forma en la motivación de la resolución inherente al planteamiento técnico de redacción de la misma, si se quiere incorrecto, pues es habitual en las resoluciones sobre imposición de sanciones distinguir con claridad la parte fáctica de hechos probados de la valoración jurídica de los mismos. De todas formas en la resolución -en los antecedentes- se identifica claramente el hecho imputado la colocación a la entrada de la sala de fiestas de carteles en los que se prohíbe acceder a los consumidores al interior de aquéllas con productos alimenticios o bebidas compradas en el exterior. Por lo que la conclusión de que la fijación de tal cartel como imposición de una cláusula abusiva a los consumidores no hace sino anticipar la motivación de la parte más bien jurídica de la resolución, sin que ello pueda relacionarse con el principio de legalidad en materia sancionadora.

SEXTO Por otro lado debemos analizar si dicha valoración infringe las exigencias impuestas por el citado principio a la interpretación y aplicación de los tipos ilícitos en materia sancionadora. Y a ese respecto debemos recordar que la función de interpretar y aplicar la legislación vigente, subsumiendo en las normas los hechos que llevan a su conocimiento, es una función que, de acuerdo con lo establecido en el art. 117.3 CE, corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales ordinarios, o a la Administración bajo la fiscalización jurisdiccional en el caso de la potestad sancionadora administrativa (SSTC 16/1981, de 18 de mayo [RTC 1981, 16], F. 2; 89/1983, de 2 de noviembre [RTC 1983, 89] F. 2; 105/1983, de 23 de noviembre [RTC 1983, 105], F. 1; 111/1993, de 25 de marzo [RTC 1993, 111], F. 5; y 31/1996, de 27 de febrero [RTC 1996, 31], F. 10, entre otras muchas).

Ahora bien, una aplicación defectuosa de la Ley penal o en este caso sancionadora administrativa puede implicar, eventualmente, la vulneración de un derecho constitucionalmente garantizado como el de legalidad. Cuando se alega tal cosa, como en el presente caso ocurre, será preciso analizar, desde el punto de vista del derecho constitucionalmente garantizado, la interpretación y aplicación que se ha hecho de la norma (SSTC 75/1984, de 27 de junio [RTC 1984, 75], F. 3; 111/1993, de 25 de marzo, F. 5), sin olvidar que el principio de legalidad no puede ser entendido de forma tan mecánica que anule la libertad del Juez, cuando en uso de ésta ni se crean nuevas figuras delictivas ni se aplican penas no previstas en el ordenamiento (SSTC 89/1983, de 2 de noviembre [RTC 1983, 89], F. 3; 75/1984, de 27 de junio [RTC 1984, 75], F. 3; 111/1993, de 25 de marzo [RTC 1983, 111], F. 5).

En este sentido como el TC ha declarado, sólo puede hablarse de una aplicación analógica o extensiva «in malam partem», vulneradora del principio de legalidad penal, cuando «dicha aplicación carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas (SSTC 137/1997 [RTC 1997, 137], 151/1997 [RTC 1997, 151], 225/1997 [RTC 1997, 225], 232/1997 [RTC 1997, 232], 236/1997 [RTC 1997, 236], 56/1998 [RTC 1998, 56], 189/1998 [RTC 1998, 189] y 43/1999 [RTC 1999, 43])», como se recuerda en la STC 142/1999, de 22 de julio (RTC 1999, 142), F. 4.

En este caso, basta la lectura de las resoluciones recurridas y de la sentencia impugnada para comprobar que tanto la Administración como la sentencia apelada ha hecho una aplicación razonada de las normas citadas, perfectamente razonable y coherente sin incurrir en desviaciones arbitrarias irrazonadas o irrazonables, ni tampoco extensivas o notoriamente desviadas de los elementos de los tipos del ilícito. Por ello no cabe apreciar vulneración, desde la expuesta perspectiva constitucional, en la interpretación y aplicación que de las citadas normas.

No es que se imponga a todos los consumidores la adquisición de los productos o bienes referentes a comidas o bebidas en el interior del local pero es evidente que se restringe arbitrariamente su libre capacidad de elección en el caso de que deseen acceder a ese tipo de bienes y servicios, únicamente respecto a aquellos que se expenden en el interior del local y se limita su decisión de acceder al servicio principal que se presta relativo a la exhibición de películas en función de prestaciones accesorias no solicitadas previamente.

Que dicha limitación produce un desequilibrio en las prestaciones de las partes en perjuicio de los consumidores es además una interpretación equilibrada que no cabe considerar ni siquiera analógica sino operación de subsunción del hecho analizado a la luz de sus consecuencias en el ámbito del comportamiento contractual ni por ello rebasa las exigencias del principio de legalidad, todo sin necesidad de acudir a forzar la lectura de los tipos.

Además tampoco resulta irrazonable entender que la limitación de la capacidad de elección del consumidor en relación con productos o servicios accesorios no solicitados derivada de la cláusula citada que se impone unilateralmente -sin negociación individual- a todos los consumidores que accedan a la sala de cine caiga de lleno en la enunciación como cláusula abusiva de la D.A. 1ª 23ª) de la Ley 26/1984, relativa a la imposición al consumidor de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados ya que si se limita la posibilidad de acceder a dicha sala en función de la procedencia de los productos y sólo se pueden consumir los adquiridos en su interior resulta que de manera indirecta pero inequívoca se está imponiendo al consumidor que desee comer o beber, actividad permitida en la sala, el que lo sea respecto de servicios complementarios que en principio no ha solicitado pero que se ve forzado a solicitar de la propia empresa, causando ello un importante perjuicio que afecta también a las reglas de la buena fe y libre competencia. Sin que la apelante pueda alegar, como pretende, que no se haya producido la necesaria individualización del tipo porque, si bien es cierto que en lo que la resolución sancionadora denomina «Sucinta referencia de Fundamentos de Derecho» no se recoge la cláusula, si que se hace referencia a ella expresamente en la motivación de la resolución, de igual modo que en la propuesta de resolución previamente dictada.

De igual modo tampoco es descabellado sino con mucho una ponderación ajustada de las reglas de la hermenéutica el acudir a la aplicación de la norma que considera infracción administrativa en materia de protección de los consumidores y usuarios la negativa injustificada a satisfacer las demandas del consumidor o usuario y de expendedores o distribuidores, producidas de buena fe o conforme al uso establecido, cuando su satisfacción esté dentro de las disponibilidades del vendedor o prestador habitual, así como cualquier forma de discriminación con respecto a las referidas demandas (artículo 3.2.8 del Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio [infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria]). En efecto, si el empresario puede negarse a facilitar la prestación del servicio ofrecido al consumidor que lo solicita por el solo hecho de acudir a la sala de cine con productos o bienes -comida o bebida- adquiridos en el exterior o simplemente traídos de su casa es razonable deducir que se está negando a satisfacer una legítima demanda o le está imponiendo una discriminación ilícita a dicha legítima solicitud de prestación del servicio.

SEPTIMO Por lo expuesto procede la desestimación del recurso de apelación con expresa imposición de las costas procesales de la segunda instancia a la parte apelante (art. 139. 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998, 1741)).

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto, confirmando íntegramente la sentencia apelada. Con expresa imposición de las costas de esta segunda instancia a la parte apelante.

Notifíquese la presente con indicación de su firmeza por no ser susceptible de recurso ordinario, y verificado devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia con certificación literal de la misma para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.