



Roj: **STSJ M 10030/2008 - ECLI:ES:TSJM:2008:10030**

Id Cendoj: **28079330092008100725**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **9**

Fecha: **19/06/2008**

Nº de Recurso: **562/2006**

Nº de Resolución: **908/2008**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MARGARITA ENCARNACION PAZOS PITA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.MADRID CON/AD SEC.9

MADRID

SENTENCIA: 00908/2008

SENTENCIA No 908

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN NOVENA

Ilmos. Sres.

Presidente:

D. Ramón Verón Olarte

Magistrados:

Da. Ángeles Huet Sande

D. Juan Miguel Massigoge Benegiu

D. José Luís Quesada Varea

Da. Berta Santillán Pedrosa

Da. Margarita Pazos Pita

En la Villa de Madrid a diecinueve de junio de dos mil ocho.

Visto por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el presente recurso contencioso-administrativo nº 562/06, interpuesto por la Procuradora D.ª Esmeralda González García del Río, en nombre y representación de "Jardines de Janse, S.L.", contra la Orden nº 1330/2006, de 28 de junio, del Consejero de Sanidad y Consumo de la Comunidad de Madrid, desestimatoria del recurso de reposición deducido contra la Orden nº 753/2006, de 3 de abril, por la que se impuso a la entidad recurrente sanción de multa por importe total de 69.930 euros; habiendo sido parte la Administración demandada, representada por su Servicio Jurídico.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso, y tras los oportunos trámites, se emplazó a la entidad demandante para que formalizara la demanda, lo que verificó dentro de plazo, mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia por la que se anulen las resoluciones impugnadas, exonerando de toda responsabilidad a la recurrente.



SEGUNDO.- El Letrado de la Comunidad de Madrid contesta a la demanda, mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia desestimatoria, confirmando en todos sus términos la resolución recurrida.

TERCERO.- Recibido el recurso a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y admitidas por la Sala, con el resultado que obra en autos, y evacuado el trámite de conclusiones, seguidamente se declaró concluso el procedimiento, quedando los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo.

CUARTO.- En este estado se señala para votación el día 8 de mayo de 2008, teniendo lugar así.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Doña Margarita Pazos Pita.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo se interpone por la representación procesal de "Jardines de Janse, S.L." contra la Orden nº 1330/2006, de 28 de junio, del Consejero de Sanidad y Consumo de la Comunidad de Madrid, desestimatoria del recurso de reposición deducido contra la Orden nº 753/2006, de 3 de abril, por la que se impuso a la entidad recurrente la sanción de multa por importe de 69.930 euros por la comisión de una infracción administrativa tipificada en el artículo 48.2 de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid, y ello por la entrega del bien -viviendas-, con defectos varios en la construcción.

La infracción se califica como infracción administrativa muy grave en virtud de lo establecido en el artículo 52.4 de la citada Ley 11/1998, al concurrir las siguientes circunstancias: generalización de la infracción en cuanto al número de destinatarios afectados por la misma, y lesión de los intereses económicos de los consumidores. Se impone la sanción en el grado medio de acuerdo con lo previsto en los artículos 53.1 y 71.1, respectivamente, de la Ley 11/1998 y del Decreto 152/2001, de 13 de septiembre, en atención a la concurrencia de las circunstancias de agravación previstas en el artículo 54.1.d) y e) de la citada Ley relativas a: la naturaleza de los perjuicios causados a los consumidores y que afecte a productos, bienes o servicios de uso común o primera necesidad.

SEGUNDO.- Entrando a examinar los diversos motivos de impugnación formulados en la demanda, en primer lugar se ha de examinar el relativo a la caducidad de la acción por haber transcurrido más de seis meses entre la fecha de finalización de las diligencias dirigidas al esclarecimiento de los hechos y la notificación a la recurrente de la incoación del expediente sancionador - artículo 57.2 de la Ley 11/1998 -.

Sin embargo, tal alegato no puede prosperar pues, siendo doctrina reiterada que los plazos señalados por meses se computan de fecha a fecha, iniciándose el cómputo del plazo al día siguiente de la notificación o publicación del acto, pero siendo la del vencimiento la del día correlativo mensual al de la notificación, y ello en adecuada interpretación del art. 48.2 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, no se puede olvidar que, conforme a lo previsto en el artículo 48.3 de la misma Ley, cuando el último día del plazo sea inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente, que es lo que acontece en el caso de autos- folio 447 del expediente administrativo- en que el día 12 de octubre era inhábil.

TERCERO.- Se plantea igualmente en la demanda la incompetencia de la Administración para sancionar los hechos objeto del presente procedimiento al tratarse de una relación de Derecho privado, por lo que se alega que para la determinación de los posibles defectos -que se niegan- no es competente la Administración sino el orden jurisdiccional civil.

Sin embargo, tales alegaciones no pueden tener favorable acogida pues, como ya señaló esta misma Sección en Sentencias de 4 de marzo de 2004 y 6 de junio de 2006, se ha de partir de la base de que son campos totalmente diferentes el correspondiente al Derecho Civil, que cubre los contratos, su interpretación y efectos de su incumplimiento, del Derecho Administrativo, que se ocupa de la protección de derechos generales y comunes, y concretamente en el caso presente, de la protección de los consumidores.

De ahí que las acciones que se derivan de una misma actuación, unas tengan carácter reparador por vía del Derecho Civil, y otras carácter sancionador si no se han cumplido las exigencias de las normas administrativas aplicables a la cuestión, como posteriormente se expondrá al examinar la infracción cuya comisión se sanciona.

Por lo tanto, no se trata aquí de dilucidar si hubo o no incumplimiento de relaciones contractuales, sino si la recurrente incumplió normas administrativas de protección de los consumidores, y, por lo tanto, si incurrió en ilícito administrativo, en concreto, en los tipificados en la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid.



En definitiva, la Administración vela por la protección del interés general en relación con la protección y defensa de los derechos de los consumidores y ello es independiente de las acciones civiles que puedan ejercitarse por causa de incumplimientos contractuales.

Todo lo cual hace por lo tanto decaer las alegaciones relativas a inadecuación de procedimiento y de legislación aplicable, que se formulan con invocación de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre. A lo que se ha de añadir que si bien se alega también en la demanda que la resolución impugnada es nula por no haberse notificado el expediente sancionador al resto de los agentes intervinientes en la construcción de las viviendas a fin de que se declarase la posible responsabilidad de los técnicos que intervinieron en el proyecto y ejecución de la obra, sin embargo se ha de tener en cuenta que esta Sección ya ha dicho - Sentencia de quince de junio del año dos mil seis -, que la pluralidad de partes en que el litisconsorcio consiste ha de producirse en el proceso jurisdiccional, sin que pueda predicarse del procedimiento administrativo, en este caso sancionador, y en aquél -en este caso procedimiento contencioso administrativo- siempre que al lado de la Administración pública existan personas a cuyo favor deriven derechos del acto administrativo impugnado, por lo que la alegación de la actora no puede ser estimada.

En definitiva, lo que viene a alegar la actora es su falta de responsabilidad en los hechos imputados, concurriendo por el contrario la misma en los demás agentes intervinientes en la construcción, pero es lo cierto que el procedimiento sancionador se ha dirigido contra la recurrente al considerar la Administración que resulta ser autora de una infracción del art. 48.2 de la Ley 11/98 de 9 de julio de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid, estableciendo tal precepto que constituyen infracciones: (...)

2. La elaboración, distribución, suministro o venta de bienes y productos cuando su composición, calidad, cantidad, etiquetado o precio no se ajuste a las disposiciones vigentes o difiera de la declarada u ofertada.

Por su parte el art. 58.1 y 2 de la citada norma dispone que:

Serán responsables de las infracciones tipificadas en esta Ley las personas físicas o jurídicas que por acción u omisión hubieran participado en las mismas.

El fabricante, importador, vendedor o suministrador de bienes, productos o servicios responderán del origen, identidad e idoneidad de los bienes, productos y servicios y de las infracciones, comprobados en ellos.

En consecuencia, habiendo vendido la actora las viviendas se ha de entender que sí resultará responsable de la infracción imputada en el caso de que ésta resulte acreditada, lo que determinará la corrección jurídica o no de la sanción impuesta y de las acciones que posteriormente pudiese ejercitar contra las personas o entidades que a su juicio hubiesen participado en la realización de aquellas, y así se concreta entre otras en la Sentencia TS de 25 de mayo de 2004, al establecer que: "Y, desde luego, el hecho de que la actora sea responsable de la concreta infracción imputada es independiente de las responsabilidades que en el ámbito de la construcción de viviendas sea atribuible a la empresa constructora o a los técnicos intervinientes y pueda serles exigidas, conforme a las normas de Derecho civil. Como resulta de la sentencia de instancia, la venta de las viviendas con los defectos apreciados constituye en sí la conducta constitutiva de infracción y consecuentemente sancionada, "sin perjuicio de las acciones que en vía civil pueda ejercitar (la promotora) y de la posibilidad de repercutir contra la empresa constructora por la imposición de la presente sanción (...)".

Y como ya hemos señalado en la citada Sentencia de quince de junio del año dos mil seis, en la misma línea abunda, incluso, la invocada Ley de Ordenación de la Edificación, Ley 38/1999, de 5 de noviembre, que ha venido a ampliar el ámbito de la responsabilidad que ya resultaba de la jurisprudencia anterior para la figura del promotor, en cuanto persona que decide, impulsa, programa, financia y decide el destino de la edificación, respondiendo (solidariamente con los demás intervinientes) ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de la construcción. Esto es, el promotor resulta obligado a garantizar los daños materiales que el edificio pueda sufrir, cualquiera que sea el agente interviniente en la edificación al que sea directamente imputable. Y la responsabilidad administrativa que pueda apreciarse no es por el incumplimiento de obligaciones ajenas sino por la propia conducta que consiste en la venta de viviendas con los defectos apreciados.

CUARTO.- Por otra parte, en cuanto a la también alegada falta de motivación de la resolución impugnada, la misma ha de ser rechazada pues, con independencia del juicio que proceda emitir sobre su corrección jurídica, lo cierto es que no cabe desconocer que el art. 54 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, sólo exige que la motivación sea sucinta, es decir, bastante o suficiente para cumplir con la finalidad de que el destinatario pueda entenderla, siendo de notar que, conforme a reiterada doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional - STS 27 y 28 de febrero de 1990 y STC de 16 de junio de 1982 y 28 de septiembre de 1992, entre otras - lo que se exige para evitar la indefensión y cumplir la exigencia de motivación de las resoluciones, es que se analicen, aunque no sea exhaustiva y pormenorizadamente, las cuestiones planteadas y se refieran



las razones o circunstancias tenidas en cuenta para conceder o denegar la petición, a fin de posibilitar que el afectado pueda conocer esas razones o motivos y con ello pueda articular adecuadamente sus medios de defensa, lo que, vistas las resoluciones impugnadas, ha de entenderse plenamente cumplido en el caso de autos, máxime cuando obran en el expediente la totalidad de informes periciales practicados.

Por lo tanto, la parte recurrente ha conocido los criterios tenidos en cuenta por la Administración, con plena posibilidad de combatir las razones en que se fundamentan las resoluciones impugnadas, articulando adecuadamente sus medios de defensa, como lo demuestra el presente recurso jurisdiccional.

Asimismo, la actora alega la vulneración del derecho de defensa al haber impedido la Administración la práctica de todas las pruebas solicitadas.

El artículo 24 . I de la Constitución impone a los órganos jurisdiccionales un deber positivo, el facilitar a los litigantes el derecho no solo a alegar sino también a justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos. Pero ello, como reiteradamente ha afirmado el Tribunal Constitucional no implica en modo alguno un derecho ilimitado a practicar todas y cada una de las pruebas que proponga, pues es tarea del juzgador dilucidar la pertinencia de las mismas (STC 89/86 de 1 de julio).

Es al Tribunal sentenciador al que corresponde por tanto valorar si procede reunir o no determinados antecedentes documentales a reunir: en este caso, tal valoración debe hacerse en el marco del litigio concreto.

Tales principios son aplicables, según señaló el propio Tribunal constitucional, con matices, al derecho administrativo sancionador, pero en el caso que nos ocupa no se aprecia que la denegación de las pruebas a que se refiere la recurrente haya tenido como consecuencia la indefensión de la misma, y en este sentido no se puede olvidar que la prueba testifical de los arquitectos en que insiste dicha parte también ha sido denegada en esta sede jurisdiccional, al considerar la Sala que sus declaraciones carecían de relevancia en cuanto lo trascendente es el proyecto inicial y el estado actual de las viviendas.

QUINTO.- En cuanto a la alegada infracción de los principios de legalidad y tipicidad se ha de señalar que se imputa a la recurrente la comisión de una infracción tipificada en el artículo 48.2 de la citada Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid , y ello por la entrega del bien -viviendas-, con defectos varios en la construcción. En concreto, cabe destacar que en la Orden originariamente impugnada se hace especial mención al informe emitido por el Arquitecto D. Gabino , designado por el método de insaculación entre los técnicos del Colegio Oficial de Arquitectos de la Comunidad de Madrid, quien solicitó el concurso de empresa especializada para la realización de pruebas tendentes a determinar un posible incumplimiento de la normativa acústica (INTEMAC); informe que entiende la Administración que revela la existencia de los defectos constructivos, sirviendo, dado el carácter concluyente que se le atribuye, para fundamentar la resolución sancionadora y la cuantía de la sanción impuesta.

Y es que, efectivamente, consta en el expediente administrativo que, ante los peritajes obrantes en el mismo, el órgano instructor acordó oficiar al Colegio Oficial de Arquitectos de la Comunidad de Madrid a fin de que, mediante insaculación, se designase un técnico de tal Colegio para la realización de una prueba pericial con la consideración de dirimente, siendo designado el Sr. Gabino , cuyo dictamen obra en el expediente junto con el informe elaborado por el Instituto Técnico de Materiales y Construcciones sobre las mediciones acústicas entre medianerías en relación con las diez viviendas a que se contraen las reclamaciones presentadas y que dieron lugar a la incoación del expediente sancionador.

Pues bien, dicho dictamen pericial acredita plenamente, visto su contenido, los defectos constructivos que se relacionan, exponen y explican razonadamente en relación con las concretas nueve viviendas que se reseñan, y que afectan a la puerta del garaje -7 viviendas- humedades en el paramento vertical del salón -1 vivienda-, manchón de fábrica de ladrillo del muro que conforma el cerramiento de la parcela -1 vivienda-, fisuras en el paramento que separa el garaje con el jardín delantero de acceso a la vivienda -seis viviendas-, y ligera inclinación en el tabique de separación de dormitorio con vivienda anexa, que afecta sólo a la estética, no entrañando ningún tipo de peligro estructural -seis viviendas-.

Por el contrario, no pueden tomarse en consideración los defectos relativos al mármol, armario de contador del agua o puerta de salida de vivienda a jardín posterior, ya que a la vista del citado dictamen dirimente no es posible determinar si los mismos son imputables a mala ejecución o al mal uso o transcurso del tiempo.

Y, por otra parte, en relación con la acústica, se ha de estimar plenamente acreditado, a la vista del Informe específicamente emitido al respecto, que se cumplen las exigencias aplicables excepto en los casos de medianería entre las viviendas de las calles Murillo 9 y Murillo 11, en la que se obtiene, entre dormitorios principales, un valor de 44 dBA (ligeramente inferior al mínimo de 45 dBA) y entre las viviendas de las calles Zurbarán 11 y Zurbarán 13 en la que se obtienen entre dormitorios secundarios un valor de 41 Dba).



Así las cosas, es claro que concurre el tipo previsto en el art. 48. 2 de la citada Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid, conforme al cual, constituyen infracciones por alteración, adulteración o fraude de bienes y productos: (...) 2. La elaboración, distribución, suministro o venta de bienes y productos cuando su composición, calidad, cantidad, etiquetado, plazo o precio, no se ajuste a las disposiciones vigentes o difiriera de la declarada u ofertada. Y ello toda vez que, no obstante las alegaciones de la entidad recurrente, es evidente que la calidad de las viviendas afectadas por las dos medianerías a que se acaba de hacer mención no se ajusta a las disposiciones vigentes, como tampoco se ajusta a tales disposiciones la de las viviendas afectadas por la construcción del tabique de separación del dormitorio con la vivienda anexa con desplome superior a las Normas Tecnológicas de la Edificación.

En definitiva, y no obstante lo manifestado por el Perito Sr. Ángel Daniel, se ha de concluir que con fundamento en el dictamen pericial evacuado por el Sr. Gabino en relación con las nueve viviendas que se especifican en el mismo, en el que se ha ratificado en sede judicial, y que resulta de especial relevancia dada la designación del Perito por el método de insaculación, ninguna duda cabe a la Sala de que la recurrente cometió la infracción antes descrita, sin perjuicio de la susceptibilidad de corrección de las deficiencias y del hecho de que no afectan a la estructura y seguridad del edificio, y, así, no se puede olvidar que, a presencia judicial, y en contestación a las aclaraciones formuladas por las partes, el Perito Sr. Gabino destaca, entre otros extremos, que "cree recordar que las obras no se ajustan a la normativa vigente, en una cuestión de ejecución de la obra. Consultado su dictamen, añade que no se cumple con la normativa con la materia de impermeabilización, que se trata de un problema de ejecución de obra. Que tal problema puede afectar a la *lex artis* como a la normativa vigente. Así, al folio 62 del dictamen, que refirió al párrafo segundo manifiesta que esa filtración incumple la normativa específica y al mismo tiempo afecta a la *lex artis*."

SEXTO.- Ahora bien, en cuanto a la alegada infracción del principio de proporcionalidad, sí ha de convenirse con la parte recurrente que no resulta procedente la calificación de la infracción como muy grave, y, en este sentido, si bien señala la resolución sancionadora que la infracción se califica como infracción administrativa muy grave en virtud de lo establecido en el artículo 52.4 de la citada Ley 11/1998, al concurrir las circunstancias de generalización de la infracción en cuanto al número de destinatarios afectados por la misma y lesión de los intereses económicos de los consumidores, sin embargo, a juicio de esta Sección, no puede entenderse concurrente en el caso que nos ocupa el criterio de generalización de la infracción, pues la documentación aportada por la actora, en relación con las propias declaraciones de los Peritos en sede judicial, acreditan la incardinación de las viviendas de litis en la urbanización a que se refiere el documento acompañado con la demanda como documento nº 1 y que, vistas sus concretas características, ha de estimarse que no permite entender concurrente la generalización prevista en la Ley 11/1998.

En consecuencia, si bien se estima, a la vista del dictamen pericial dirimente, y sin perjuicio de la susceptibilidad de corrección de las deficiencias, la concurrencia de una lesión de los intereses económicos de los propietarios de las viviendas, sin embargo, al estimarse que no procede apreciar la generalización a que ya hemos hecho mención, no cabe sino calificar la infracción cometida como grave - artículo 52.3 de la Ley 11/1998.

Ahora bien, ha de mantenerse la graduación de la sanción en el grado medio en atención a la efectiva concurrencia de la circunstancia de agravación prevista en el art. 54.1.e) de la Ley 11/1998, consistente en afectar a productos, bienes o servicios de uso común o primera necesidad, esto es, la vivienda, sin que, por el contrario, quepa apreciar la concurrencia de atenuante, y, así, a este respecto cabe señalar que, en cualquier caso, la documental privada aportada con la demanda no pone de manifiesto una reparación o subsanación total de los defectos y deficiencias recogidos en el ya mentado informe pericial dirimente.

En consecuencia, a la vista de lo preceptuado en el artículo 53 de la Ley 11/1998 y de la totalidad de circunstancias que han quedado expuestas, se ha de estimar, como sanción procedente, la de multa de 7.012 euros.

SEPTIMO.- De conformidad con el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998, no se hace un especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas en esta instancia, al no apreciarse temeridad ni mala fe en ninguna de las partes.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS EN PARTE el presente recurso contencioso-administrativo nº 562/06, interpuesto por la Procuradora D.^a Esmeralda González García del Río, en nombre y representación de "Jardines de Janse, S.L.", contra la Orden nº 1330/2006, de 28 de junio, del Consejero de Sanidad y Consumo de la comunidad de Madrid, desestimatoria del recurso de reposición deducido contra la Orden nº 753/2006, de 3



de abril, resoluciones que se anulan parcialmente por no ser totalmente ajustadas a Derecho, en el sentido de que procede calificar la infracción cometida por la entidad recurrente como infracción grave, imponiendo a la misma la sanción de multa de de 7.012 euros, en los términos expuestos en el fundamento jurídico sexto de esta Sentencia. Sin costas.

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

PUBLICACION: Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Magistrada Ilma. Sra. Dña. Margarita Pazos Pita Ponente que ha sido para la resolución del presente recurso, estando celebrando audiencia pública esta Sala, de lo que, como Secretario de la misma doy fé.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ