



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 3 3 / 2 0 1 3

(Sección 1ª)

La Laguna, a 5 de diciembre de 2013.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Empleo, Industria y Comercio en relación con la *Propuesta de Resolución de la revisión de oficio, a instancia de N.F.R.F., en representación de la entidad mercantil Z.O., S.A., de la Resolución de 16 de mayo de 2012 de la extinta Viceconsejería de Industria y Energía, recaída en el expediente sancionador ES.AI.LP 033/2011, por la que se imponen a la citada empresa tres sanciones administrativas graves, al amparo de la vigente Ley de Industria (EXP. 453/2013 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen es la Propuesta de Orden (PO) formulada en el procedimiento de revisión de oficio de la Resolución de 16 de mayo de 2012, de la extinta Viceconsejería de Industria y Energía, recaída en el expediente sancionador ES.AI.LP 033/2011, por la que se le imponen a la entidad mercantil Z.O., S.A. tres sanciones, por sendas comisiones de infracciones graves al amparo de la vigente Ley de Industria, consistentes en: multa de 24.000 €, por el primer hecho infractor grave de incumplir la orden del Jefe de Arca de Industria de poner fuera de servicio los aparatos RAE números 119, 126, 503 y 6249; multa de 48.000 €, por el segundo hecho infractor grave de poner en funcionamiento ocho unidades en sustitución de los ascensores RAE números 1209, 1210, 1223, 1224, 1225, 1226, 1320 y 1321 ubicados en (...), término municipal de Las Palmas de Gran Canaria, sin presentar previamente la documentación de puesta en servicio ante la Dirección General de Industria; multa de 9.000 €, por inadecuado mantenimiento de los ascensores RAE números 5896, 5884 y 1650.

* **PONENTE:** Sr. Fajardo Spínola.

2. La preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo para emitirlo y la legitimación de la Sra. Consejera de Empleo, Industria y Comercio para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D, b) y 12 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 102.1, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

3. Contra la citada Resolución sancionadora se presentó recurso de alzada por correos, el 20 de junio de 2012, que se inadmitió por Orden nº 49/2013, de la Consejera de Empleo, Industria y Comercio, por haber sido presentado fuera de plazo, Resolución que se notificó al interesado con fecha 6 de marzo de 2013, por lo que la Resolución devino firme. Se cumple, pues, el requisito de la firmeza del acto que se pretende revisar por el cauce del art. 102 LRJAP-PAC.

4. En la tramitación del expediente no se ha incurrido en irregularidades procedimentales que impidan entrar en el fondo del asunto.

II

1. Constan como antecedentes del procedimiento que nos ocupa los siguientes:

- Mediante Resolución de 29 de noviembre de 2011, de la Viceconsejería de Industria y Energía, se acuerda la iniciación de un expediente sancionador a la empresa Z.O., S.A., por los siguientes hechos:

Incumplimiento con la orden de puesta fuera de servicio de los aparatos elevadores con nº de RAE 119, 126, 503 y 6249.

Poner en servicio ascensores en distintas ubicaciones, en sustitución de los ascensores registrados con RAE 1209, 1210, 1223, 1224, 1225, 1226, 1320 y 1321, sin que conste presentada previamente la documentación de puesta en servicio de estos nuevos aparatos.

Inadecuado mantenimiento de los ascensores RAE 5896, 5884 y 1650. Determinados defectos de mantenimiento graves que se constataron en los informes de inspección periódica reglamentaria de dichos ascensores no han sido corregidos y son reiteradamente constatados en los informes inspecciones periódicas posteriores. La tipificación de dichos defectos está establecida en la Resolución de la Dirección General de Industria nº 58 de 16/08/2000.

- Tras la instrucción del expediente sancionador, el 16 de mayo de 2012 se dicta, por la Viceconsejería de Industria y Energía, resolución por la que se acuerda:

“1.- Sancionar a la empresa Z.O., S.A. con una multa de 24.000 € (VEINTICUATRO MIL EUROS), por el primer hecho infractor grave de incumplir la orden del Jefe del Área de Industria de poner fuera de servicio los aparatos RAE números 119, 126, 503 y 6249.

2.- Sancionar a la empresa Z.O., S.A. con una multa de 48.000 € (CUARENTA Y OCHO MIL EUROS), por el segundo hecho infractor grave de poner en funcionamiento ocho unidades en sustitución de los ascensores RAE números 1209, 1210, 1223, 1224, 1225, 1226, 1320 y 1321 ubicados en (...), término municipal de Las Palmas de Gran Canaria, sin presentar previamente la documentación de puesta en servicio ante la Dirección General de Industria.

3.-Sancionar a la empresa Z.O., S.A. con una multa de 9.000 € (NUEVE MIL EUROS), por inadecuado mantenimiento de los ascensores RAE números 5896, 5884 y 1650.

Las citadas sanciones se harán efectivas, mediante remisión de la liquidación de las multas a la expedientada, una vez que hayan adquirido firmeza las mismas en vía administrativa”.

- Frente a aquella Resolución, la representación de la empresa Z.O., S.A. presentó recurso de alzada el 20 de junio de 2012, por correos.

- Por Orden nº 49/2013, de la Consejera de Empleo, Industria y Comercio, de 4 de febrero de 2013, se inadmitió, por extemporáneo, el recurso de alzada.

- El 12 de abril de 2013, N.F.R.F., en representación de la entidad mercantil Z.O., S.A., presentó por correos solicitud de revisión de oficio de la Resolución sancionadora de la extinta Viceconsejería de Industria y Energía, de 16 de mayo de 2012, al amparo del art. 102 de la LRJAP-PAC, con fundamento en la causa del art. 62.1.a) de aquella Ley.

III

1. En su solicitud de revisión de oficio, la interesada señala como causa de nulidad la recogida en el art. 62.1.a) LRJAP-PAC, esto es, lesión de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. Y ello en virtud de los siguientes argumentos, que esgrime en su solicitud y reitera en el trámite de audiencia, mediante escrito presentado el 29 de mayo de 2013 por correos:

“2. En efecto, la empresa de conservación de aparatos elevadores está obligada a dejarlos fuera de servicio, entre otros casos, cuando lo ordene la Administración conforme a la Ley de Industria.

Ahora bien, dicha obligación tiene el carácter de vicaria respecto de la Administración, pues es a ésta a quien corresponde llevarla a cabo y, en especial, en el caso de resistencia en el afectado, tal como señala el artículo 10 de la Ley de Industria, y el artículo 47 del Real Decreto 2200/1995 (...).

(L)a obligación de paralización corresponde a la Administración, y en modo alguno a las empresas conservadoras, que tienen carácter de particulares.

(...).

Así las cosas, es claro que en el presente caso la sanción impuesta resulta manifiestamente antijurídica. Z.O., S.A. trató de ejecutar la orden de paralización dictada por la Administración pero, ante la negativa de las Comunidades donde se ubican los ascensores a permitir la entrada en sus inmuebles, no pudo llevarla a cabo. Y, entonces actuó como establece la legislación aplicable: dando cuenta a la Administración para que adoptara las medidas precisas para su cumplimiento.

(...).

En otros términos, la conducta de Z.O., S.A. no es antijurídica toda vez que no le era exigible otra conducta de la que observó. Por consiguiente, la sanción impuesta no es válida y debe ser anulada.

(...).

4. Por otra parte, no se ha garantizado el derecho de defensa de Z.O., S.A. en el caso presente.

El derecho de defensa comprende no sólo el de conocer qué se imputa al interesado, pues sólo conociendo dichas imputaciones es posible articular de forma completa y cierta dicha defensa, sino también el de oponer frente a ellos las oportunas excepciones y defensas, mediante la participación en la práctica de las pruebas que sirven de sustento a la actividad sancionadora de la Administración.

(...).

5. Las imputaciones hechas a Z.O., S.A., resultan impertinentes y contrarias al ordenamiento jurídico por cuanto comporta una vulneración de los principios de personalidad y culpabilidad.

El art. 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (...) consagra los principios de culpabilidad y personalidad que rigen inexorablemente en nuestro derecho. En virtud del primero, en el ámbito sancionador, resulta inadmisibile un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa (Sentencia del Tribunal Constitucional 246/1991, de 19 de diciembre). Y, en virtud del segundo, se "prohíbe expresamente el traslado de la responsabilidad personal a persona ajena al hecho infractor al modo de una exigencia de responsabilidad objetiva sin intermediación de dolo o culpa" (Sentencia del Tribunal Constitucional 219/1998, de 22 de noviembre).

La conservación de los ascensores corresponde «a los titulares y, en su caso, los arrendatarios de aquellos ascensores instalados en el ámbito de esta Comunidad Autónoma (...).».

Z.O., S.A. es mantenedora de los ascensores antes citados, pero no titular ni arrendataria. En consecuencia, no está obligada a realizar las reparaciones sino previo encargo de su titular, lo que no ha ocurrido en el caso presente. La obligación pesa sobre sus titulares o, en su caso, arrendatarios. Y siendo éstos los obligados, es claro que no puede imputarse el incumplimiento de un deber que no tiene que cumplir. El hacerlo, como dispone la resolución notificada, contraviene directamente los principios de culpabilidad y personalidad que rigen en materia sancionadora administrativa, de tal suerte que determine su invalidez.

6.- La concurrencia de las infracciones descritas pone de manifiesto que la resolución cuya declaración de nulidad se insta infringe de manera palmaria los artículos 24.2 en relación con el artículo 25-mutatis mutandis- de la Constitución y, por ende, cae de lleno en el apartado a) del número 1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común".

2. La PO por la que se resuelve el procedimiento de revisión de oficio viene a desestimar la solicitud del interesado por entender que no concurren las causas que se alegan, viniendo a refutar sus alegaciones.

Ciertamente, como tantas veces se ha señalado por este Consejo Consultivo, la revisión de oficio es un recurso extraordinario contra actos firmes en vía administrativa, en cuya aplicación se ha de ser riguroso por implicar un conflicto entre dos principios generales del derecho: el principio de legalidad y el principio de

seguridad jurídica. Por ello, debe ceñirse la revisión de oficio a las causas tasadas del art. 62.1 de la LRJAP-PAC, cuyos presupuestos no pueden entenderse de manera amplia, sino restrictiva, sin que sea ésta una vía de impugnación de actos anulables.

En el presente supuesto, debemos separar cada una de las infracciones por las que es sancionada la mercantil, a efectos de determinar la concurrencia o no, en cada una de ellas, del vicio de nulidad que argumenta la interesada.

1) En relación con la primera infracción, por la que es sancionada la empresa Z.O., S.A., con multa de 24.000 €, consistente en incumplir la orden del Jefe de Área de Industria de poner fuera de servicio los ascensores bajo la referencia RAE números 119, 126. 503 y 6249, ésta se ampara en la normativa siguiente:

El art. 32.1.h) de la Ley 21/1992, de Industria, tipifica como infracción grave “el incumplimiento de las prescripciones dictadas por autoridad competente en cuestiones de seguridad relacionadas con esta Ley y con las normas que la desarrollen”, estableciendo la normativa sectorial de aparatos elevadores (art. 11 del Real Decreto 2291/1985) por el que se aprueba el Reglamento de Aparatos de Elevación y Manutención (vigente en el momento de la comisión de la infracción), que la empresa conservadora adquiere las siguientes obligaciones en relación con los aparatos cuyo mantenimiento y reparación tengan contratado:

“a) Revisar, mantener y comprobar la instalación de acuerdo con los plazos que para cada clase de aparato se determinen en las ITC. En estas revisiones se dedicará especial atención a los elementos de seguridad del aparato, manteniendo un buen funcionamiento y la seguridad de las personas y las cosas.

b) Interrumpir el servicio del aparato cuando se aprecie riesgo de accidente”.

Frente a esta sanción, la empresa Z.O., S.A. esgrime como causa de nulidad de la resolución que la impone, la vulneración de los derechos constitucionales de los arts. 24 y 25.2 CE. Así, se señala que las actas de inspección, por un lado, se realizan por persona que no tiene reconocida la condición de autoridad pública, por otro lado, se realizaron sin la presencia de la entidad sancionada, y, en todo caso, en las alegaciones presentadas el 16 de mayo de 2012 se manifiesta que el incumplimiento por el que se sanciona es de orden administrativo.

Pues bien, frente a ello, adecuadamente, se refuta por la Administración, en primer lugar, que las actas de inspección, levantadas por funcionarios públicos con las solemnidades requeridas y condiciones señaladas en el art. 137.3 LRJAP-PAC gozan de valor probatorio y presunción “*iuris tantum*” de certeza y veracidad en relación

con los hechos susceptibles de percepción directa por los inspectores actuantes. Ciertamente es que en el presente caso las actas de los inspectores públicos se limitan a integrar el resultado de las actas de inspección levantadas por la empresa E., S.A., pero tiene establecido la doctrina jurisprudencial que la presunción de veracidad y certeza de las actas de inspección sólo alcanza a los hechos que por su objetividad sean susceptibles de percepción directa por el inspector o hechos inmediatamente deducidos de aquéllas o acreditados por medios de prueba referidos en la propia acta como pueden ser documentos o declaraciones incorporadas a la misma (Sentencia de 24 junio 1991). En este caso, el medio de prueba incorporado al acta es la propia inspección de un organismo imparcial y técnico, pues la empresa inspectora es un organismo de control autorizado, acreditado por ENAC, con autorización nº 06/EI/007/97, Los Organismos de Control autorizados son entidades reguladas por el Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, que tienen como fin verificar el cumplimiento de carácter obligatorio de las condiciones de seguridad de productos e instalaciones industriales, establecidas por los Reglamentos de Seguridad Industrial, mediante actividades de certificación, ensayo, inspección o auditoría. Sus actas, en todo caso, se levantan tras inspecciones sorpresivas o por causas coyunturales (accidente) para cumplir adecuadamente su finalidad, por lo que no procede la concurrencia de la entidad cuyos aparatos se inspeccionan, y, en todo caso, a mayor abundamiento, en las actas de inspección consta la presencia de dos testigos; uno de ellos perteneciente a la Comunidad de Propietarios del edificio donde se encuentran los ascensores, y el otro es un funcionario público con cargo de Jefe de Negociado.

En cualquier caso, en el presente caso, lo derivado de las actas de inspección constituye una presunción *iuris tantum*, y que, por ende, puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario, por lo que no quedarían conculcados los derechos alegados por Z.O., S.A., por cuanto la empresa no presenta pruebas que destruyan dicha presunción, y es más, en sus escritos de alegaciones reconoce la comisión del hecho infractor.

Así, se señala en la PO: *“De acuerdo con el Tribunal Constitucional -se citan SSTC- la presunción de certeza constituye un privilegio procesal válido siempre que no resulten arbitrarios o desproporcionados o supongan un sacrificio excesivo a quienes en consonancia con los principios de eficacia y objetividad no vulneran el principio de igualdad o de presunción de inocencia, pues permite a la parte contraria destruir la presunción legal mediante la oportuna actividad probatoria”.*

Además, respecto de esta sanción, alega la empresa que se conculca el principio de culpabilidad, pues no resulta imputable a la mercantil sino a la propia Administración, a quien corresponde llevarlo a cabo, y en especial, en caso de resistencia del afectado, al amparo del art. 10 de la vigente Ley de Industria, y del artículo 47 del Real Decreto 2200/1995, habiendo comunicado, Z.O., S.A., a la Administración la resistencia de los titulares de los aparatos para el cumplimiento de la mencionada orden a la Administración.

Sin embargo, respecto de esta alegación, señala el informe del Servicio de Coordinación Administrativa, emitido el 8 de mayo de 2013, que, si bien es cierto que la capacidad de poner en práctica la orden corresponde a la Administración cuando hay oposición de los titulares, por no tener capacidad para compeler a las personas los particulares, también es cierto que la mercantil no puso en conocimiento tal situación a la Administración, a pesar de lo que alega en este momento. Ello no se ha probado ni en el procedimiento sancionador ni en el presente.

Respecto de ninguno de los cuatro ascensores citados consta ninguna comunicación de la empresa conservadora a la Dirección General de Industria y Energía donde se manifieste la imposibilidad de ejecutar ninguna de las cuatro órdenes de puesta fuera de servicio referidas, ni se exponen las diferentes circunstancias que concurrieron en cada caso para no poder ejecutarla, ni tras la remisión de las órdenes de puesta fuera de servicio, ni tras la comunicación de las actas de inspección. Tan solo consta escrito comunicando la imposibilidad de cumplimiento de la orden de fuera de servicio en documento presentado el 2 de enero de 2011, esto es, dentro del propio procedimiento sancionador ya abierto.

Así pues, respecto a la primera sanción impuesta no se aprecia ninguna violación de los derechos fundamentales de los arts. 24 y 25.2 de la CE que dan lugar a la nulidad de la resolución administrativa en virtud del art. 62.1.a) LRJAP-PAC.

Existe culpabilidad, no se ha conculcado el principio de presunción constitucional de inocencia, pues la propia mercantil reconoce que no se ha cumplido la orden de poner fuera de servicio los ascensores, si bien responsabiliza de ello a la Administración, lo que ha quedado desvirtuado, y tampoco cabe invocar la violación del art. 25 de la CE, por cuanto los hechos probados quedan subsumidos en la infracción administrativa grave tipificada en el artículo 31.2.h) de la Ley 21/1992, de 21 de julio, de Industria.

2) En relación con la segunda infracción, por la que es sancionada la empresa Z.O., S.A., con multa de 48.000 €, consistente en poner en servicio ocho nuevas

unidades en sustitución de los ascensores RAE números 1209, 1210, 1223, 1224, 1225, 1226, 1320 y 1321, queda acreditado que la empresa Z.O., S.A., sin presentar previamente ante la Administración competente la documentación técnica para la puesta en servicio de los mismos. Esta infracción es tipificada como grave en el art. 31.b) de la Ley de Industria: *“La puesta en funcionamiento de instalaciones careciendo de la correspondiente autorización, cuando ésta sea preceptiva de acuerdo con la correspondiente disposición legal o reglamentaria”*.

La defensa esgrimida por la mercantil no desvirtúa la resolución sancionadora, pues, ciertamente, se trata de un incumplimiento formal, cuyo tipo legal no determina la exigencia de la concurrencia de riesgo alguno, sino que basta con el incumplimiento formal que se ha producido en este caso, y que ha reconocido la propia mercantil.

Por todo lo expuesto, no sólo existe un material probatorio suficiente en el expediente administrativo para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia que invoca la empresa sancionada, sino que la misma reconoce su culpabilidad, enervando aquella presunción.

Por todo ello, respecto de la segunda sanción, tampoco procede la declaración de nulidad por la vía del art. 102 Ley 30/1992, con fundamento en el art. 62.1.a) Ley 30/1992, por no haberse vulnerado ningún derecho fundamental.

3) En relación con la tercera sanción, de 9.000 €, por inadecuado mantenimiento de los ascensores RAE números 5896, 5884 y 1650, la empresa expedientada alega, por un lado, que no se ha garantizado el derecho de defensa, por cuanto no ha podido conocer los hechos que se le imputan al interesado, y, por otro lado, que se han vulnerado los principio de culpabilidad y personalidad, pues afirma Z.O., S.A. que *“es mantenedora de los ascensores antes citados, pero no titular ni arrendataria. En consecuencia, no está obligada a realizar las reparaciones sino previo encargo de su titular, lo que no ha ocurrido en el caso presente. La obligación pesa sobre sus titulares o, en su caso, arrendatarios. Y siendo éstos los obligados, es claro que no puede imputarse el incumplimiento de un deber que no tiene que cumplir”*.

No es cierto que la empresa sancionada no tuviera conocimiento del contenido y defectos constatados en la inspección periódica, por cuanto que en el apartado 1.3 de la Instrucción Técnica Complementaria MIE-AEM-I del Reglamento de Aparatos de Elevación Manutención (R.D. 1191/1985, de 8 de noviembre) se establece que las

inspecciones periódicas se realizarán en presencia de la empresa conservadora, a la cual será entregada una copia del acta de inspección. Consta en tales actas que estuvo presente la entidad conservadora, lo que en ningún momento ha sido impugnado por aquélla.

En este caso, los documentos que constituyen los hechos probados son los informes de las inspecciones periódicas realizadas por Organismos de control Autorizados en distintas fechas a tres ascensores diferentes, con RAE 5896, 5884 y 1650.

Y, por otro lado, y frente a la afirmación realizada por la entidad sancionada para fundar la vulneración del principio de culpabilidad, debe señalarse que no puede ser estimada, ya que, entre todos los defectos relacionados en los distintos informes de inspección reglamentaria, se repiten dos, en concreto, a saber:

4.24. No funciona el alumbrado de emergencia.

7.51. No funciona el final de carrera.

En este sentido, el informe de 21 de diciembre de 2012, emitido por el Jefe de Servicio de Seguridad Industrial sobre este extremo pone de manifiesto: *“Éstos son de responsabilidad indubitadamente de la empresa conservadora y no de los titulares de los aparatos, por cuanto en los artículos 10 y 11 del Reglamento de Aparatos de Elevación y Mantenimiento, se establece que entre las obligaciones de las empresas conservadoras están las de revisar, mantener y comprobar las instalaciones, con especial atención a los elementos de seguridad del aparato manteniendo un buen funcionamiento y la seguridad de las personas y las cosas”*.

En esta línea, incorpora la PO la cita de la STSJ Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 16 de febrero de 2006, recogida en el informe de la Dirección General del Servicio Jurídico, de 16 de octubre de 2013, respecto de un caso similar, en la que se establece: *“Alega la actora para exonerar su responsabilidad, por un lado, que la falta de reparación era de responsabilidad de la comunidad de propietarios, pero eso no sería un obstáculo para que la entidad que tiene la obligación de conservar los ascensores asuma la responsabilidad de que los mismos se mantengan en condiciones de funcionamiento correctos (A. 10.2.c R.D. 2291/1985). En consecuencia, si por cualquier motivo, la representación no se hubiera podido efectuar en los 120 días concedidos, a la recurrente le hubiera correspondido poner el aparato fuera de servicio y notificar ese hecho a la Delegación Provincial de Industria y Trabajo”*.

Por todo ello, tampoco en relación con la tercera sanción procede estimar violación del derecho de presunción de inocencia, ni de los principios de culpabilidad y personalidad, por lo que no procede la declaración de nulidad de la resolución que la impone.

3. Pues bien, por las razones expuestas en el anterior apartado, debemos concluir que es conforme a Derecho la PO sometida a Dictamen de este Consejo, pues no procede la estimación de la solicitud de revisión de oficio instada por la entidad Z.O., S.A. contra la Resolución de 16 de mayo de 2012 de agosto de 2012, de la extinta Viceconsejería de Industria y Energía, recaída en expediente sancionador ES.AI.LP 033/2011.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución que desestima la solicitud de revisión de oficio se considera conforme a Derecho.