



Roj: **STSJ PV 2981/2016 - ECLI: ES:TSJPV:2016:2981**

Id Cendoj: **48020330032016100383**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **3**

Fecha: **07/04/2016**

Nº de Recurso: **321/2015**

Nº de Resolución: **146/2016**

Procedimiento: **Recurso apelación Ley 98**

Ponente: **MARIA DEL MAR DIAZ PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN Nº 321/2015

SENTENCIA NUMERO 146/2016

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS ANGEL GARRIDO BENGOETXEA

MAGISTRADOS:

D. JOSE ANTONIO GONZÁLEZ SAIZ

D^a. MARIA DEL MAR DÍAZ PÉREZ

En la Villa de Bilbao, a siete de abril de dos mil dieciséis.

La Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los/as Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la Sentencia nº 34/2015, de 11 de febrero de 2015, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Vitoria-Gasteiz, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo nº 214/2012, seguido por el procedimiento ordinario, formulado frente a la Orden de fecha 14 de mayo de 2012, dictada por el Consejero de Sanidad y Consumo del Gobierno Vasco, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de 3 de febrero de 2012, de la Directora de Consumo del citado Departamento en expediente 01A 101/124/2011, por la que se adoptan medidas administrativas de reacción para garantizar el deber general de seguridad de los productos, en relación con el producto disco de flotación marca Delphin.

Son parte:

- **APELANTE** : BTBOX ADVERTISING S.L., representado por el Procurador D. LUIS PABLO LÓPEZ ABADÍA RODRIGO y dirigido por el Letrado D. PEDRO LUIS ELVIRA GÓMEZ DE LIAÑO.

- **APELADO** : GOBIERNO VASCO, representado y dirigido por el LETRADO DE LOS SERVICIOS JURIDICOS DEL GOBIERNO VASCO.

Ha sido Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a. MARIA DEL MAR DÍAZ PÉREZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por BTBOX ADVERTISING S.L. recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia revocando la de instancia y



estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por el hoy apelante, con condena en costas a la Administración.

SEGUNDO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado al/a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación .

TERCERO.- Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 9/2/2016, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

CUARTO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora de los Tribunales Dña. Patricia Sánchez Sobrino en nombre y representación de BTBOX ADVERTISING, S.L., se interpone recurso de apelación contra la Sentencia nº 34/2015, de 11 de febrero de 2015, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Vitoria-Gasteiz, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo nº 214/2012 , seguido por el procedimiento ordinario, formulado frente a la Orden de fecha 14 de mayo de 2012, dictada por el Consejero de Sanidad y Consumo del Gobierno Vasco, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de 3 de febrero de 2012, de la Directora de Consumo del citado Departamento en expediente 01A 101/124/2011, por la que se adoptan medidas administrativas de reacción para garantizar el deber general de seguridad de los productos, en relación con el producto disco de flotación marca Delphin.

La Sentencia recoge en los fundamentos de Derecho segundo y tercero los antecedentes de interés del procedimiento administrativo y la normativa aplicable, razonando la Juzgadora de instancia la desestimación del recurso en los fundamentos cuarto y quinto, que dicen así:

< < (CUARTO.-) Partiendo de los hechos que resultan del expediente consignados en el fundamento segundo y de la normativa expuesta en el anterior, procede entrar en el examen de las cuestiones de fondo debatidas, si bien, no se puede dejar de señalar que la resolución de 3 de febrero de 2012 da cumplida respuesta a todas las alegaciones que formuló la empresa recurrente y que reitera de forma prácticamente idéntica en la demanda.

Y así, en primer lugar, se debe concluir que la tramitación del procedimiento se ha ajustado en todo momento a la normativa de aplicación, en concreto, al Real Decreto 1801/2003 y Ley 30/92, sin que en ningún caso se haya causado indefensión a la parte actora, poniendo de relieve que es constante la jurisprudencia que dispone que la omisión de trámites procedimentales, de existir, solo llevan anudada la anulación del acto administrativo en el caso que haya sido causada indefensión al interesado. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2011 , así como las que en ella se recogen, recuerda, "que el vicio de forma o procedimiento no es invalidante de por sí, sino en cuanto concurren los supuestos de que el acto carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados".

En el caso que nos ocupa, no se observa irregularidad procedimental alguna causante de indefensión a la parte actora.

Únicamente cabe reiterar que el procedimiento se inició de oficio con arreglo a lo dispuesto en los artículos 8 y 11 del RD 1801/2003 , con fundamento exclusivo en el resultado del informe de ensayos N° 103476 emitido por el CICC el 27-7-11, y en ningún caso en virtud de la denuncia formulada, careciendo de relevancia alguna en dicho procedimiento salvo la de mero indicio para poner en marcha la actuación de la Administración consistente en la toma de muestras y emisión del posterior informe que confirmó que estábamos en presencia de un producto no seguro, determinante del acuerdo de incoación y de adopción de medidas.

Asimismo hay que reiterar que la actora formuló alegaciones en diversos momentos de la tramitación del expediente y tuvo por dos veces la oportunidad de aportar informes lo que no hizo, remitiéndose a los que obraban en su poder pero que en ningún caso se referían y esto es lo importante a las muestras tomadas que debían ser objeto de análisis, por lo que también se consideran cumplimentados los trámites de audiencia .y prueba que exigen las normas de aplicación.

En relación con informes que se interesaron por la propia administración y no fueron aportados, no tiene ninguna virtualidad invalidante ya que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del RD 1801/2003 , la solicitud de informes a expertos externos o de la propia administración pública o a otros órganos administrativos técnicos o consultivos es claramente potestativa.



Finalmente por lo que se refiere a la inclusión del producto en el sistema de red de alerta, ex art.19 del citado Real Decreto , la administración realizó la comunicación cuando disponía de datos suficientes que permitían apreciar indicios razonables de la existencia de un riesgo grave, que como se expondrá más adelante, se deben estimar acreditados.

En definitiva, se debe concluir que en la tramitación del expediente, conforme a lo expuesto más arriba no se observa irregularidad procedimental alguna que haya causado indefensión a la parte actora y que determine la nulidad o anulabilidad del mismo ni en consecuencia de la actuación impugnada.

(QUINTO.-) Es objeto de controversia la cuestión relativa a las normas técnicas (y consiguientes sistemas de ensayo previstos en aquellas) de aplicación al producto en cuestión para dictaminar sobre su seguridad, concluyendo, de conformidad con lo sostenido por la parte demandada, en la correcta interpretación y aplicación de las Normas UNE ¿EN 13138-1 de ayudas a la flotación para el aprendizaje de la natación y la ENE 71-1 sobre seguridad de juguetes, indicando el apartado 5.4.2 de la primera citada que las piezas pequeñas incorporadas deben soportar una atracción de $(90 \pm 2) N$ y que las piezas que puedan desmontarse no deben caber totalmente en el cilindro para piezas pequeñas, remitiendo para el ensayo a los procedimientos establecidos en la norma EN 71-1, prueba que no superó el disco de flotación de la marca Delphin, por lo que se refiere siempre a las muestras recogidas.

En este sentido es clarificador, lo consignado al respecto en la resolución de 3 de febrero de 2012, tanto en lo relativo a la traducción como a la interpretación de las normas, y a la que nos remitimos, si bien procede añadir por lo que se refiere a la controvertida traducción del apartado 5.4.2 de la norma EN 13138-1, además de compartir el criterio expuesto en la información del INC (folio 128), que el significado "desprender" es más acorde con el supuesto previsto en la norma, referido a la probabilidad de "ruptura" de la pieza por aplicación de una fuerza determinada. Especialmente, para fundamentar la interpretación de la Administración en la determinación de las normas aplicables, es relevante lo consignado en la ampliación del informe remitido por el CICC, (folio 84) aclarando el por qué se ha aplicado la norma UNE-EN 71 sobre seguridad de los juguetes a un producto o que no tiene partes pequeñas y que no es un juguete siendo la respuesta facilitada la siguiente: " la muestra recibida fue con motivo de una reclamación en la que se apuntaba la incidencia de generación de piezas pequeñas en el artículo denunciado, durante el uso de los manguitos por un niño de corta edad. Si bien por el diseño del producto no incorpora piezas pequeñas si que éstas se generan por acción del niño y de alguna manera va en consecuencia, entendemos, con la filosofía de la norma que marca los requisitos de seguridad necesarios para el uso de estos artículos incluidos en su campo de aplicación. En el informe de ensayo se hace hincapié en los colores vivos de los manguitos, que le hacen ser muy atractivos a los niños, también en la documentación adjunta al producto, incorpora una fotografía de los manguitos utilizándolos un niño de corta edad. No es la primera vez que en productos de otro tipo se toma como referencia para la realización de los ensayos la norma de seguridad de los juguetes, para la evaluación de la peligrosidad de un determinado producto de consumo que es susceptible de ser utilizado por niños de corta edad. En la comentada norma se especifica claramente la tensión que se considera suficiente para que un niño no tenga posibilidad de generar piezas pequeñas que pudieran entrar en el cilindro de prueba, con unos ensayos perfectamente tipificados y consensuados en los comités y grupos de trabajo pertinentes. En el punto referente a la seguridad de diseño de la norma UNE-EN 13138-1 ayudas a la flotación para el aprendizaje de la natación, indica el apartado 5.4.2, que las piezas pequeñas incorporadas deben soportar una tracción de $(90 \pm 2)N$. A continuación indica el mismo apartado que las piezas que puedan desmontarse no deben caber totalmente en el cilindro para piezas pequeñas y remite para el ensayo, a los procedimientos establecidos en la Norma EN 71-1. Los ensayos han realizado, como se observa en la foto que se adjunta a título ilustrativo, sobre cualquier parte de los discos y no sobre los dispositivos circulares. Se han realizado a las partes susceptibles de ser mordidas (el material es uniforme en todos los discos). Las fuerzas a las que se separan los trozos susceptibles de ser ingeridos por el menor son siempre menores de 90 N y varía dependiendo de la superficie que se coja con la mordaza. También se hizo un ensayo de tracción sobre una probeta normalizada con el espesor del disco (20 mm) y de 150 x 10 mm de ancho, produciéndose la rotura a los 70 N".

Al respecto, de conformidad con lo alegado por la parte demandada, se debe estimar razonable en el sector de la seguridad de los productos (donde prima ante todo la consecución de un nivel elevado de seguridad), y en el ámbito de las normas UNE, que la norma de cabecera de un producto se remita para completar su régimen a otras normas UNE y a su vez, la aplicación a los productos de técnicas de ensayo que estando comprendidas en normas UNE atinentes a otra categoría de productos, sean consideradas idóneas para, en definitiva, verificar la seguridad del producto, no pudiendo obviar que el informe fundamento de la resolución impugnada proviene del CICC, siendo indiscutible su idoneidad y acreditación para acometer la verificación de la seguridad de los productos conforme las normas técnicas en vigor, así como determinar, atendiendo al carácter técnico de la cuestión que se le somete, las concretas normas UNE que resultan de aplicación a la seguridad del producto en cuestión, lo que no obsta la facultad de solicitar por las empresas afectadas por sus conclusiones de pruebas



de laboratorio contradictorias o informe técnicos o jurídicos en su defensa, lo que la parte actora no hizo a lo largo de la tramitación del expediente habiéndose practicado en el presente procedimiento un dictamen pericial, cuyas conclusiones, que cuando menos generan dudas e incertidumbres sobre la resistencia del producto, no son suficientes para desacreditar la consistencia del informe emitido por el CICC.

A mayor abundamiento el artículo 3 del RD 1801/2003, en relación con la evaluación de la seguridad de un producto, prevé la posibilidad de, que cuando la disposición normativa de obligado cumplimiento o aplicable no cubra todos los riesgos del producto, para evaluar su seguridad, se tendrán en cuenta otros elementos y en su apartado cuarto ya prevé que la conformidad de un producto con las disposiciones normativas que le sean aplicables no impide a los órganos administrativos competentes adoptar alguna de las medidas previstas en dicho artículo si, pese a todo, resultara inseguro, no eximiendo a los productores y distribuidores del cumplimiento de sus deberes.

Partiendo de lo anterior la administración estaba obligada a adoptar las medidas preventivas idóneas para evitar la comercialización de un producto no seguro, de conformidad con el artículo 10 del RD 1801/2003, lo que hizo a través de la actuación impugnada debiendo recordar la mención específica que se hace en la exposición de motivos del citado Real Decreto al principio de cautela, en el marco de la comunicación de la comisión de 2 de febrero de 2000 sobre el recurso a principio de precaución que permite actuar, aunque no haya una certidumbre científica total sobre la peligrosidad del producto y que, como también se recoge en dicha exposición, es importante observar que incluso la conformidad con todas esas normas no excluye la posibilidad de comprobar que un producto peligroso y la necesidad de actuar en consecuencia.> >

SEGUNDO.- La mercantil recurrente presenta frente al fallo judicial las alegaciones, que sucintamente, se exponen:

1º. El procedimiento se inició por la denuncia de un supuesto accidente grave de un menor con el producto y dicha denuncia era falsa, sin embargo, condicionó todas las valoraciones sobre la seguridad del producto, provocando su inclusión en el sistema RAPEX de alerta.

2º. Las alegaciones de BTBOX ADVERTISING, S.L. durante la tramitación del expediente fueron constantes, y se aportaron informes respecto de la seguridad y legalidad del producto, si bien se les ha privado de cualquier validez por un problema meramente formal -que no partían de las muestras del producto obtenidas por la Administración-, sin haber tenido el mismo nivel de exigencia respecto de las omisiones de los informes que la propia Administración en el expediente administrativo estimó oportuno solicitar y jamás se incorporaron al expediente administrativo.

3º.- Se resta cualquier importancia a la omisión de los informes de expertos externos de la propia administración pública por considerar que era claramente potestativa. Siendo potestativa, fue la Administración demandada quién anunció la solicitud de informes a la CE y expertos independientes, la consideró pertinente, pero jamás se recibieron, lo que provocó que esta parte se mantuviera a la espera de la aportación de los mismos, condicionando por completo la actuación de la recurrente.

4º.- No existen indicios razonables de riesgo grave en el producto. La sentencia se basa en un informe del CICC que tiene un componente claramente jurídico, que aplica al producto que nos ocupa pruebas de ensayo no exigidas por la norma que regula los equipos de protección individual de ayuda a la flotación, y que, en definitiva, exceden tanto el ámbito de las normas de aplicación a productos como el que nos ocupa.

La falta de rigor de los informes del CICC queda patente al estar contradichos por los informes de los laboratorios TUV REINHLAND y sobre todo por la prueba pericial judicial, de los laboratorios LGAI TECHNOLOGICAL CENTER, S.A., circunstancias ambas a las que el Juzgador no otorga ninguna relevancia, ni merecen alguna consideración.

La sentencia ni menciona los informes técnicos de laboratorios alemanes especializados y se abstrae de la propia pericial judicial, que avala que el producto resiste las pruebas de tracción, y acepta y comparte, de forma incomprensible traducciones alternativas a la traducción oficial del texto de la propia norma: UNE-EN 71-1, en relación con la de aplicación: norma EN 13138- 1.

5º.- No tiene en cuenta la sentencia la falsedad de la denuncia, tampoco valora que el producto se comercializa en la CE, y olvida que por ello, y por los informes disponibles, fue retirado del RAPEX.

En definitiva, sostiene la parte apelante que el producto no es un juguete, es un equipo de protección individual de ayuda a la flotación -circunstancia omitida en sentencia-, que resulta totalmente seguro para los fines a que se destina en virtud de la normativa de aplicación conforme la traducción oficial de que dispone; que exigir a un producto que tiene por objeto la ayuda a la flotación los requisitos de tracción y resistencia de cualquier juguete o artículo de puericultura es un absurdo, porque exige materiales ligeros, menos rígidos o



compactos que permitan la flotación, en el bien entendido de que los discos sí superan las pruebas de tracción exigibles y que no incorporan piezas pequeñas, circunstancias esencial que la sentencia también olvida; que se trata de un equipo de ayuda a la flotación individual que jamás se utiliza sin el debido ensamblaje de las piezas, razón por la que ni el CICC ni ninguno de los laboratorios alemanes practican ensayos de tracción de piezas de ensamblaje; que la sentencia se ha basado de forma exclusiva en el informe del CICC, el menos riguroso, el más incompleto y sin garantías por las tenazas y el método empleados, añadido esto a la falsedad manifiesta de la denuncia de que trae origen el expediente; que no procede tener en cuenta el ensayo 2 de la pericial judicial, constituyendo una arbitrariedad inadmisibles del laboratorio en el procedimiento judicial la introducción de una cuestión nueva no sujeta a controversia, pacífica y comúnmente aceptada por ambas partes, según se desprende del expediente administrativo, en relación con las pruebas técnicas de ambas partes, y las resoluciones impugnadas.

Por último, impugna la imposición de costas en instancia, en la consideración de que el asunto genera dudas de hecho y de derecho, por lo que no procedería la imposición de las costas a esta parte.

TERCERO.- El Gobierno Vasco se opone al recurso, interesando su desestimación para lo que, después de recoger los antecedentes y estándares de seguridad del disco de flotación examinado, realiza las siguientes consideraciones:

- La Sentencia de instancia avala la técnica que le fue aplicada por el laboratorio CICC al disco de flotación para evaluar su seguridad, conforme se deriva del informe de 27 de julio de 2011 (folio 24 EA), posteriormente ratificado (folios 126 y 127 EA).

- La prueba realizada por el CICC y que no fue superada por el disco de flotación, para concluir estar ante un producto "no seguro", no fue rebatida en sede del procedimiento administrativo, al haber rehuido la empresa la práctica de análisis contradictorio, limitándose en sede administrativa a realizar una defensa jurídica, o presentar certificaciones laboratoriales sobre unidades del producto cuyo origen (fecha de fabricación o partida) no puede ser certificado. A este respecto, la Administración ofreció realizar análisis contradictorio sobre otra de las muestras incautadas, lo que no hizo, única vía que hubiera podido contradecir o discutir el resultado del ensayo practicado por el CICC.

- Fue en sede jurisdiccional cuando el recurrente solicitó y obtuvo la práctica de prueba pericial, en un intento de demostrar el cumplimiento del producto de las pruebas de resistencia que le son exigibles.

- La Juzgadora de instancia valoró en su conjunto la prueba y consideró que los resultados del CICC eran más consistentes que los obtenidos de la prueba pericial. Esta parte se reitera en la preeminencia de los resultados del CICC por su cualificación en la materia de seguridad de productos destinados al consumo, su carácter oficial y amplia experiencia, frente al perfil y currículo del laboratorio LGAI.

- La propia recurrente critica el proceder del Laboratorio LGAI, que ha de recordarse fue el elegido en sede judicial aceptando la propuesta que provino precisamente de la representación de la empresa recurrente. Así, trae a colación las dudas previas que trasladó el Laboratorio al expediente judicial, al considerar que no estaba homologado para realizar ensayos sobre la UNE-EN 13138-1, circunstancia a la que precisamente achaca haber realizado incorrectamente el ensayo sobre el disco de flotación, excediéndose en su cometido al practicarlo sobre los "tapones". Ello para desvirtuar la conclusión de "no cumple" a que llegó en la práctica del ensayo nº 2. Todas estas circunstancias y antecedentes en que se practicó la pericia en sede judicial no permiten obtener una conclusión segura que permita desvirtuar el ensayo del CICC, conclusión a la que llegó la Juzgadora de instancia al primar la actuación, procedimiento y cualificación del CICC.

- Lo que se juzga a través del planteamiento del recurso contencioso-administrativo, es la actuación de la administración que se fijó en las resoluciones recurridas, cuya corrección a derecho, considerando la función revisora de los Tribunales de Justicia, ha de juzgarse en consideración a los parámetros de hecho y de derecho que estuvieron vigentes en el momento de su dictado.

CUARTO.- La sentencia apelada confirma la actuación del Departamento de Sanidad y Consumo del Gobierno Vasco por la que se imponen medidas administrativas de reacción para garantizar el deber general de seguridad del producto disco de flotación marca Delphin, comercializado por BTBOX ADVERTISING, S.L. en España; el disco es de configuración gomosa y blanda, de colores vivos, que se inserta en el brazo y está destinado al aprendizaje de la natación para niños entre 1 y 12 años (pag. 6 del expediente).

Las medidas impuestas en la Resolución de 3 de febrero de 2012, son las siguientes:

"1. El producto DISCOS DE FLOTACIÓN, marca DELPHIN incumple el apartado 6.4 de la norma UNE EN13138-1, cuestión que ha sido confirmada por el CICC, presenta un riesgo grave para la salud, incluidos los menores de 36 meses e incumple el apartado 7 de la norma UNE-EN 13138-1:2007 de ayudas a la flotación, sobre etiquetado



por lo que ha sido puesto en el sistema de red de alerta como Notificación CCAA 339/2011 y debe ser retirado del mercado.

2. Las unidades retiradas y devueltas a la empresa BTBOX ADVERTSING S.L., por sus clientes deben ser devueltas a origen, Alemania, debiendo justificar documentalmente la citada empresa las unidades devueltas.

3. Para la puesta de nuevo en el mercado del producto DISCOS DE FLOTACIÓN, marca DELPHIN, debe cumplir todos los requisitos de seguridad y etiquetado exigidos en la norma UNE-EN 13138-1:2008 Ayudas a la flotación. La empresa responsable del producto deberá acreditar mediante los ensayos correspondientes realizados en un laboratorio acreditado que el nuevo producto se adecua a lo exigido en la normativa vigente en cuanto a la seguridad y etiquetado del producto. Asimismo, el nuevo producto deberá llevar en el etiquetado un distintivo, marca, referencia nueva o cualquier otra indicación que lo diferencie del anterior."

Solventado el problema de etiquetado del producto, el debate se centra en la seguridad del mismo.

La sentencia ratifica las medidas administrativas adoptadas para la comercialización del disco de flotación al estar avaladas por los informes emitidos por el Centro de Investigación y Control de Calidad (CICC), dependiente del Instituto Nacional de Consumo, al que el Departamento de Consumo del Gobierno Vasco remite una de las muestra incautadas, tras denuncia.

El informe de ensayos nº 103476, de 27 de julio de 2011 (folio 24 del expediente), es ampliado en un segundo informe por el Director Técnico del CICC, de 4 de octubre de 2011 (folio 84), y ambos ratificados por informe de 14 de diciembre de 2011 (folios 126 y 127).

El CICC, como recoge la sentencia apelada, con reflejo en el fundamento de Derecho primero de esta sentencia, concluye que el producto no es seguro al no cumplir la norma aplicable a partes pequeñas, conforme la Norma UNE-EN 13138-1, de ayudas a la flotación para el aprendizaje de la natación de acuerdo con los procedimientos establecidos en la Norma EN 71-1 sobre seguridad de juguetes, justificando la aplicación de la misma.

Frente al contenido de los informes del CICC aparecen en el expediente 3 informes aportados por la mercantil actora emitidos por los Laboratorios alemanes TÜV RHEINLAND, de fechas 3 de marzo de 2009, 14 de febrero de 2012 y 16 de mayo de 2014, que se rechazan en vía administrativa por no tener como base las muestras que debían ser objeto de análisis, es decir, las que obraban en poder de la Administración dentro del expediente incoado, una de las cuales fue examinada por el CICC, razonamiento que comparte y valida el Juzgador de instancia.

Y en el proceso jurisdiccional se practica a instancia de la recurrente, pericial judicial por los laboratorios LOAI TECHNOLOGICAL CENTER, S.A. informe de 12 de septiembre de 2013, sobre el que en sentencia se dice que sus conclusiones generan dudas e incertidumbres en cuanto a la resistencia del producto, considerándose insuficiente para desacreditar la consistencia del informe emitido por el CICC.

Por tanto, no puede decirse que en instancia se hayan tenido en cuenta los informes y la prueba pericial obrante en los autos. La sentencia tiene en cuenta toda la prueba, realizando de ella una valoración que, podemos adelantar, no puede calificarse de irracional o arbitraria.

QUINTO.- Como ya hemos declarado en numerosas sentencias al hilo de la doctrina jurisprudencial sobre la valoración de la prueba en sede de segunda instancia, el recurso de apelación transfiere al Tribunal "ad quem" el conocimiento pleno de la cuestión, pudiendo, dentro de su marco cognitivo, revisar la valoración de la prueba que ha llevado a cabo el Juez "a quo", si bien el Tribunal de apelación no puede, sin más, sustituir la valoración del Juzgador de instancia por otra valoración subjetiva del Tribunal o de la parte apelante. Ello solo procederá cuando se infrinjan normas tasadas de valoración de la prueba o bien cuando el juicio valorativo sea ilógico, arbitrario, contradictorio en su conjunto, desprovisto del más mínimo soporte probatorio o contrario a las normas de la sana crítica, pero no cuando el escrito de apelación evidencie que su propósito es que la propia valoración del recurrente, que no ha sido aceptada en la sentencia que se impugna, prevalezca sobre la apreciación conjunta de la prueba efectuada por el Juez de instancia.

Por lo tanto, la misión de esta Sala no es la de llevar a cabo un segundo juicio sobre la cuestión objeto de debate, sino la de examinar y analizar la valoración que el Juez "a quo" ha efectuado sobre la actividad probatoria practicada en la instancia, y si la conclusión a la que ha llegado es, o no, ajustada a Derecho.

Y las consideraciones y, en definitiva, la valoración que de la prueba pericial e informes de parte, frente a los informes del Centro de Investigación y Control de Calidad, se hace en la sentencia apelada coinciden con la jurisprudencia de esta Sala y con la doctrina del Tribunal Supremo, ya que desde una perspectiva formal, las conclusiones sobre la seguridad del producto emitidas por el CICC están dotadas de mayor credibilidad en razón de la especialización del órgano que las emite y de su imparcialidad, como organismo público independiente, incluso de la Administración que establece finalmente las medidas administrativas para su



distribución; y desde una perspectiva objetiva, por los datos que aporta, ensayos que realiza y justificación de la normativa aplicada, mostrándose razonable y coherente, en cuanto por seguridad, complementa la norma aplicable al producto examinado -equipo de protección individual de ayuda a la flotación destinado a niños entre 1 y 12 años, que por colocarse en los brazos puede ser mordido por el menor-, con la norma ENE 71-1 sobre seguridad de juguetes, sometiendo a las piezas pequeñas que pudieran desprenderse por la acción del menor, a los procedimientos señalados en dicha norma.

Informes éstos evidentemente prevalentes frente a los aportados por la parte recurrente al expediente administrativo, que no pueden ser entendidos como contraprueba, como análisis contradictorios, pues la muestra de producto analizado es ajena al procedimiento de comprobación iniciado por el Gobierno Vasco, es decir, son informes sobre el producto y sólo uno de ellos (14 de febrero de 2012) es coetáneo al expediente administrativo.

Por su parte, la prueba pericial judicial contiene dos ensayos, dejando al margen el resultado del ensayo 2, desfavorable para los intereses de la mercantil recurrente que discute la facultad del laboratorio para su realización, y centrándonos en el ensayo 1 del que resulta que *"Después de aplicar 90N durante 10 segundos en los extremos del disco, las espumas de los discos flotantes aguantan la carga y no presentan roturas"*, reconoce la parte que la conclusión distinta entre este informe y el del CICC está en la diferencia de las tenazas empleadas y en la velocidad de la máquina donde se realiza el ensayo de tracción. Los diferentes parámetros empleados en los ensayos y la imposibilidad de discernir por este Tribunal cual de las técnicas empleadas es la correcta, impide afirmar que las conclusiones del CICC han sido desmerecidas por la prueba pericial, si partimos de la imparcialidad, experiencia y especialidad de dicho organismo.

En consecuencia, insistimos, la sentencia apelada tiene en cuenta todos los informes y ha hecho de ellos unavaloración que no puede considerarse irracional o arbitraria, por lo que no puede ser sustituida ni por el criterio de esta Sala ni por el de la apelante.

SEXTO.- Confirmado que la actuación administrativa recae sobre un producto "no seguro", el resto de alegaciones sobre la incidencia de la denuncia, los informes potestativos a recabar de otras Administraciones, la salida del producto del sistema de Alerta Rapex, o la comercialización en otros países, carecen de fuerza invalidante.

La denuncia consta en el expediente (folio 14 y 15 del expediente), se realiza en impreso oficial que tiene el correspondiente sello de entrada en el Departamento de Sanidad y Consumo del Gobierno Vasco, no es anónima pues contiene todos los datos del denunciante, incluido DNI y número de teléfono, y no existe constancia de su falsedad más allá de las alegaciones de la mercantil interesada; en cualquier caso, la denuncia no es el hecho que condiciona la resolución administrativa, sino las conclusiones de los informes del CICC una vez analizada la seguridad del producto.

Por otro lado, es a la mercantil actuante a la que correspondía desvirtuar los informes administrativos de forma activa no esperando que informes llevados al procedimiento por la Administración le fueran favorables; acreditado el riesgo por el informe del Centro de Investigación y Control de Calidad dependiente del Instituto Nacional de Consumo, la comercialización del producto en otros países o su salida del sistema de alerta, no tienen entidad suficiente para desacreditar la legalidad de la actuación administrativa que fue objeto de revisión en instancia.

La última alegación del recurso de apelación sostiene que no resulta procedente la condena en costas pronunciada en la primera instancia, al presentar el caso, a juicio de la recurrente, serias dudas de hecho o de derecho.

El art. 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, tras su reforma por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, establece que: *"En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. ¿"*

La parte pretende que la Sala sustituya el criterio de la Juzgadora de instancia acerca de la existencia de serias dudas de hecho o de derecho, cuando ésta ha aplicado la regla general prevista en la norma al haberse desestimado todas las pretensiones ejercitadas por la recurrente. Sólo excepcionalmente, cuando el Juzgador aprecie la existencia de serias dudas de hecho o de derecho, está justificada la no imposición de las costas a pesar de la desestimación del recurso contencioso-administrativo. En estos supuestos, a través de la motivación de la concurrencia de esas dudas de hecho o de derecho, sí podría revisarse en apelación la adecuación a Derecho o no del pronunciamiento en materia de costas. En cambio, en los supuestos en que el Juzgador aplique la regla general, es criterio de esta Sala, que está revisión no resulta posible siempre que



concurra el presupuesto de hecho previsto en la norma, es decir, que la parte haya visto rechazadas todas sus pretensiones.

Por todo lo expuesto, el recurso debe ser desestimado.

SÉPTIMO.- Con expresa imposición de costas a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139.2 de la Ley de la Jurisdicción .

Y es por los anteriores fundamentos jurídicos, por los que este Tribunal emite el siguiente

FALLO

DESESTIMAR EL PRESENTE RECURSO DE APELACIÓN NÚMERO 321 DE 2015, INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN PROCESAL DE BTBOX ADVERTISING, S.L., CONTRA LA SENTENCIA N° 34/2015, DE 11 DE FEBRERO DE 2015, DICTADA POR EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N° 1 DE VITORIA-GASTEIZ, DESESTIMATORIA DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N° 214/2012 , SEGUIDO POR EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO, FORMULADO FRENTE A LA ORDEN DE FECHA 14 DE MAYO DE 2012, DICTADA POR EL CONSEJERO DE SANIDAD Y CONSUMO DEL GOBIERNO VASCO, DESESTIMATORIA DEL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 3 DE FEBRERO DE 2012, DE LA DIRECTORA DE CONSUMO DEL CITADO DEPARTAMENTO EN EXPEDIENTE 01A 101/124/2011, POR LA QUE SE ADOPTAN MEDIDAS ADMINISTRATIVAS DE REACCIÓN PARA GARANTIZAR EL DEBER GENERAL DE SEGURIDAD DE LOS PRODUCTOS, EN RELACIÓN CON EL PRODUCTO DISCO DE FLOTACIÓN MARCA DELPHIN, QUE CONFIRMAMOS. CON EXPRESA IMPOSICIÓN DE COSTAS A LA PARTE APELANTE.

CON PÉRDIDA DEL DEPÓSITO CONSTITUIDO, QUE DEBERÁ SER TRANSFERIDO POR EL JUZGADO DE ORIGEN A LA CUENTA DE DEPÓSITOS DE RECURSOS INADMITIDOS Y DESESTIMADOS.

DEVUÉLVANSE AL JUZGADO DE PROCEDENCIA LOS AUTOS ORIGINALES Y EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO PARA LA EJECUCIÓN DE LO RESUELTO, JUNTO CON TESTIMONIO DE ESTA SENTENCIA.

ESTA SENTENCIA ES FIRME Y CONTRA LA MISMA NO CABE RECURSO ALGUNO.

ASÍ POR ESTA NUESTRA SENTENCIA DE LA QUE SE LLEVARÁ TESTIMONIO A LOS AUTOS, LO PRONUNCIAMOS, MANDAMOS Y FIRMAMOS.