

Roj: **STS 5502/2010 - ECLI:ES:TS:2010:5502**Id Cendoj: **28079130062010100520**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **6**Fecha: **08/10/2010**Nº de Recurso: **5762/2005**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JUAN CARLOS TRILLO ALONSO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 4050/2005,**
STS 5502/2010

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Octubre de dos mil diez.

Vistos por la Sala Tercera, Sección Sexta, del Tribunal Supremo, constituida por los Señores al margen anotados, el presente recurso de casación, que con el número 5762/05, ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de "PORRES Y BARIOS, S.A.", contra la Sentencia de fecha 20 de julio de 2005, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, en el recurso contencioso administrativo número 373/03, sobre indemnización de daños y perjuicios derivados de alerta alimentaria, siendo parte recurrida la Administración General del Estado

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor literal: "*Fallamos: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso administrativo, interpuesto por la entidad mercantil PORRES Y BARIOS S.A., representada por el procurador Don Antonio Ignacio García Ponte y defendida un por el letrado Don Aquiles Campuzano Díez, contra la desestimación en virtud de silencio por el Ministerio de Sanidad y Consumo de su solicitud de indemnización por **responsabilidad patrimonial**, así como el deducido frente a la expresa resolución de fecha 25 de febrero de 2004, resoluciones que declaramos conformes a derecho; sin condena en costas.*"

SEGUNDO.- Notificada la anterior Sentencia, la representación procesal de "Porres y Barios, S.A.", presentó escrito, ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, preparando recurso de casación contra la referida resolución. Por providencia, la Sala tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparecieran ante el Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y el expediente administrativo ante este Tribunal, la parte recurrente se personó ante esta Sala y formuló escrito de interposición del recurso de casación, expresando los motivos en que se amparaba, suplicando que se tuviera por interpuesto el recurso de casación y, previos los trámites legales, se dictara Sentencia por la que "... case la recurrida y estime íntegramente la súplica del escrito de demanda del recurso contencioso administrativo interpuesto por mi mandante, acordando en consecuencia la indemnización reclamada de los daños y perjuicios en la cuantía de 445.630,13 euros, por **responsabilidad patrimonial** de la Administración, con todo lo demás que proceda en derecho."

CUARTO.- Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a la parte recurrida para que en el plazo de treinta días formalizara su escrito de oposición, lo que verificó en tiempo y forma impugnando los motivos del recurso de casación, en virtud de las razones que estimó procedentes y suplicando que la Sala dictara Sentencia "... por la que sea desestimado el recurso de casación interpuesto



por Porres y Barios, S.A., contra la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia de 20 de julio de 2005 (autos 373/03), al ser la misma plenamente conforme a Derecho, con imposición de las costas a la mercantil recurrente por ser preceptivas".

QUINTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo la audiencia del día **SEIS DE OCTUBRE DE DOS MIL DIEZ**, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Juan Carlos Trillo Alonso**, .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso de casación la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el 20 de julio de 2005, en el recurso contencioso administrativo nº 373/2003, desestimatoria del interpuesto por la sociedad aquí recurrente contra la desestimación por silencio, por el Ministerio de Sanidad y Consumo, de la solicitud de indemnización instada por **responsabilidad patrimonial** derivada de la alerta alimentaria 2001/99 y contra la desestimación expresa posterior, mediante resolución de 25 de febrero de 2004.

SEGUNDO.- La sentencia de la Sala de instancia contiene la fundamentación jurídica siguiente:

*"PRIMERO.- La Sala ha examinado la cuestión que ahora se suscita en sendas Sentencias en las que también se deducía reclamación en concepto de **responsabilidad patrimonial** como consecuencia de la Alerta 2001/99 (Así, Sentencias de esta Sala de fecha 14 de julio y 7 de diciembre de 2004, entre otras). Como quiera que se trata del mismo expediente, conviene recordar las consideraciones expuestas en aquella ocasión, que siguen siendo válidas en el presente caso: <<TERCERO. En el expediente de Alerta 2001/99, figura que el 31 de mayo de 2001 el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación traslada al Ministerio de Sanidad y Consumo una nota difundida en medios de comunicación de la República Checa sobre los peligros del consumo de aceite de oliva procedente de España, al ser susceptible de contribuir a la creación a largo plazo de células carcinógenas, entendiéndose en aquel momento que se trataba de un problema puntual en el que no cabía descartar tendenciosidad con fines comerciales, a favor de otros Estados miembros de la Unión Europea.*

No obstante, se evaluó el riesgo potencial de acuerdo con lo publicado al respecto por la Organización Mundial de la Salud y el IARC, coligiendo que procedía gestionar el problema como un riesgo grave para la salud, dada la toxicidad constatada de estos compuestos.

El 3 de julio de 2001 se viene en conocimiento de los análisis llevados a cabo por el Laboratorio Arbitral Agroalimentario, que confirman la contaminación, confirmando los técnicos del CNA del Instituto de Salud Carlos III la validez de la metodología empleada y de los resultados obtenidos, por lo que en dicha fecha se procede a la notificación del caso a través del Sistema Coordinado de Intercambio Rápido de Información/Red de Alerta Alimentaria, a los puntos de contacto nacionales de dicha Red, así como a la Comisión Europea, que a su vez difundió el comunicado a los restantes Estados miembros, asignándole la referencia 2001/01.

La Alerta Alimentaria difundida pone de manifiesto lo siguiente:

-Se ha detectado la presencia de hidrocarburos aromáticos policíclicos (HAP), entre ellos alfa-benzopireno o 3,4 -benzopireno, en aceites de orujo de aceituna. Los mencionados compuestos se presentan, al parecer sistemáticamente, como consecuencia de una determinada práctica tecnológica, en unas concentraciones tales que, aún tras el proceso de refinado, pueden entrañar riesgos para la salud humana.

-Este tipo de compuestos son sustancias de toxicidad bien documentada (carcinogenicidad, genotoxicidad, inmunotoxicidad constatadas en animales). No se ha podido establecer, para estos compuestos, un nivel de ingesta seguro, por lo que el JCFA (Joint Expert Comité for Food Additives and Contaminants) aconseja que se minimice la exposición humana tanto como sea posible (OMS, Serie Informes Técnicos, nº 806.- Ginebra 1991) (IARC.-last updated abril 1998).

-El aceite de orujo de aceituna, una vez refinado, se comercializa incorporándolo al aceite de oliva virgen, para obtener una mezcla legalmente comercializable bajo la denominación "aceite de orujo refinado y de oliva" o "aceite de orujo de oliva" (RRDD 308/1983, 2551/1986 y concordantes). En ningún caso se debe confundir con el aceite de oliva y aceite de oliva virgen, en los que no se detecta esta contaminación.

-En consecuencia, se considera que el llamado "aceite de orujo de oliva", en las condiciones mencionadas, no se ajusta a lo establecido en el apartado 1.1 del capítulo V de la RTS de Aceites Vegetales Comestibles ("1. Los aceites vegetales comestibles, cualquiera que sea su procedencia deberán satisfacer las siguientes condiciones



generales: 1.1.- Estar en perfectas condiciones de consumo"), pudiendo entrañar su consumo un peligro grave, aunque no inmediato, para la salud humana.

-Por ello, al amparo del artículo 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, procede aconsejar la Inmovilización Cautelar Y Transitoria de cuantos productos se comercialicen al consumidor final bajo las denominaciones citadas ("aceite de orujo refinado y de oliva" y "aceite de orujo de oliva").

-El levantamiento de dicha medida de carácter cautelar quedará condicionado a la ausencia de detección de estos compuestos por un método analítico adecuadamente validado y con un límite de determinación que en ningún caso sea mayor que 1 ppb.

Mediante Orden del Ministerio de la Presidencia de 25 de julio de 2001, se establecen los límites máximos tolerables de hidrocarburos aromáticos policíclicos en el aceite de orujo de oliva, así como los criterios aplicables al método analítico utilizable para el control del cumplimiento de lo así establecido.

En declaraciones efectuadas por el Ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación el día 1 de octubre de 2001 en el Senado - folio 365 expediente- señala que una vez establecida una norma técnica que se realizó analizando la normativa vigente en la Unión Europea, terceros países y las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, así como los informes de los científicos se procedió a la publicación de ésta normativa en el Boletín Oficial del Estado, a transmitirla al sector y, una vez cumplidos todos los requisitos que se le plantearon al sector, en el sentido de reducción de benzopireno, por una parte, y en segundo lugar, de validar un método de fabricación que garantizase la inexistencia de benzopireno, en niveles superiores a los admitidos, la alerta fue levantada el día 10 de agosto.

A solicitud de las Comunidades Autónomas de Andalucía, Aragón, Islas Baleares, Navarra, Castilla-La Mancha, Madrid, Murcia y Valencia, el Centro Nacional de Alimentación realizó informes analíticos -tomos 3 y 4 del expediente- sobre muestras de aceites de orujo de oliva, recibidas en dicho centro entre los meses de junio de 2001 y abril de 2002, dando como resultado que el contenido de benzo(a)pireno en las muestras excedía en muchos casos el límite máximo tolerable establecido en la O.M. de 25 de julio de 2001.

CUARTO. Como se ha indicado, con fecha 3 de julio 2001 la Administración Sanitaria declara la Alerta alimentaria confidencial, a través del Sistema Coordinado de Intercambio Rápido de Información, por la presencia de hidrocarburos aromáticos policíclicos, HAPs, en aceites de orujo de oliva, aconsejando la inmovilización cautelar y transitoria de cuantos productos se comercializaban al consumidor final bajo las denominaciones de "aceite de orujo refinado de oliva" y de "aceite de orujo de oliva", y se supedita el levantamiento de dicha medida cautelar a la ausencia de detección de tales compuestos por un método analítico adecuadamente validado y con un límite de determinación que en ningún caso sea mayor que 1 ppb.

La Alerta declara que se ha detectado la presencia de HAPs en aceites de orujo de aceitunas que, al parecer, se presentan como consecuencia de una determinada práctica tecnológica en concentraciones tales que pueden entrañar riesgos para la salud humana. Al tratarse de compuestos cuya toxicidad está bien documentada, y sin que se haya podido establecer un nivel de ingesta seguro, la JECFA aconseja minimizar la exposición humana tanto como sea posible. En consecuencia, al no ajustarse el aceite de orujo de oliva a lo establecido en el capítulo V, apartado 1.1 de la R.T.S. de Aceites Vegetales Comestibles, puede entrañar su consumo un peligro grave, aunque no inmediato para la salud humana.

En este sentido, los análisis aleatorios efectuados antes de declararse la alerta alimentaria, ya detectaron la presencia de HAPs en aceites de orujo de aceituna, y los análisis efectuados con posterioridad a la misma a instancia de las Comunidades Autónomas pusieron de manifiesto que las muestras presentaban en la mayoría de los casos un contenido en benzo(a)pireno que excedía del límite máximo tolerable establecido mediante la Orden Ministerial de 25 de julio 2001, límite que ya se encontraba establecido por las autoridades sanitarias de Estados Unidos, según informe de la Unidad de Prospectiva, de la Consejería de Agricultura y Pesca, de la Junta de Andalucía. Por otra parte, la toxicidad de dicha sustancia ya se había puesto de manifiesto por el Comité Mixto FAO/OMS -Tomo 3 del expediente- en informe en el que, aunque no se establece una ingesta tolerable del producto, se pedía minimizar la contaminación de los alimentos con HAPs, incluso con benzo(a)pireno.

La Agencia Española de Seguridad Alimentaria precisa a través de su informe -folios 500 a 509- que se trata de compuestos para los que la Organización Mundial de la Salud no considera procedente ni tan siquiera fijar una ingesta diaria admisible, estableciendo un planteamiento general de no exposición a sustancias carcinogénicas o potencialmente tales. En el mismo informe se hace referencia al 37 informe del Comité Mixto FAO/OMS, ya mencionado, y a la clasificación que de los HAPs realiza el Instituto de Investigación del Cáncer en el grupo 2 B, según el cual hay evidencia de su carcinogenicidad para los animales de experimentación.

El Instituto de la Grasa del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, en comunicado dirigido el 4 de julio 2001, folio 85, señalaba que el aceite de oliva se somete a un proceso de refinación durante el cual se reduce



el nivel de los contaminantes de HAPs que se producen en el proceso de obtención de aquél, a los niveles recomendados por la European Economic Community Seed Crusher's and Oil Processor's Federation para los aceites vegetales (un microgramo de benzo(a) pireno por kilo, equivalente a una parte por billón), ya que en la Unión Europea no existe legislación específica al respecto; que como consecuencia de los cambios tecnológicos ocurridos en los últimos años en los procesos de elaboración, se ha venido observando un incremento de estos compuestos en los aceites de orujo crudo, es decir, antes de ser sometidos al proceso de refinación, y las industrias refinadoras han tomado medidas ajustando las condiciones de sus procesos para rebajar los niveles de HAPs en los aceites de orujo hasta los valores recomendados y así, en la etapa de decoloración se han producido nuevos tratamientos con carbón activo y se han optimizado las condiciones de la etapa de desodorización.

QUINTO. Pasamos a analizar la normativa aplicable.

La Ley 26/1984, art 39, vino a habilitar a la Administración del Estado para la adopción de medidas de protección y defensa de los consumidores y usuarios, especialmente ante los riesgos para la Seguridad y la Salud.

Más específicamente, la Ley 14/1986, General de Sanidad, ordena a los órganos competentes de las Administraciones Públicas el desarrollo de las actividades necesarias para el control sanitario y la prevención de los riesgos para la Salud derivados de los productos alimenticios, incluyendo la mejora de sus cualidades nutritivas (art. 18.10). En el Capítulo V del título I se ocupa de la intervención pública en materia de Salud individual y colectiva, y así, el art. 26 viene a disponer que en caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, bienes de empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas, la duración de cuyas medidas se fijarán para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas, y no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificara.

Al amparo de citado art 26, así como de los precedentes arts. 24 y 25.2 y 3, de la Ley 14/1986, se dicta el Real Decreto 44/96, sobre medidas para garantizar la seguridad general de los productos puestos a disposición del consumidor (que será derogado y sustituido por el Real Decreto 1801/2003, de 26 de Diciembre, de Seguridad General de los Productos). El Real Decreto 44/1996, en caso de que alguno de los productos que se comercialicen represente algún riesgo, obliga a los productores a adoptar las medidas necesarias para que tal riesgo finalice, llegando, si fuese necesario, a su retirada del mercado. Correlativamente, obliga a las autoridades encargadas del control a adoptar las medidas necesarias con el fin de garantizar la seguridad de los productos puestos en el mercado, así el acopio de información, toma de muestras para análisis, prohibición de comercialización, incluso aun cuando el producto -en los casos que relaciona- sea conforme con las normas específicas enumeradas en su art. 4, si resultare peligroso para la salud y la seguridad de los consumidores.

En el marco de tales medidas, el art. 6 del Real Decreto comentado apoderaba al Ministerio de Sanidad y Consumo para adoptar las medidas pertinentes, a ejecutar por las Comunidades Autónomas, de tener conocimiento de la existencia de un riesgo grave e inminente para la Salud de los consumidores. Por ello, crea un sistema rígido de intercambio de información (art.8), caso de que se haya detectado un riesgo grave e inmediato con un producto, especificando que las comunicaciones sobre existencia de riesgos han de realizarse, en la medida de lo posible, previo requerimiento de información al fabricante o distribuidor del producto. El proceder de cuya actuación administrativa aparece regulado en el art. 9 del citado Real Decreto, en los términos siguientes: Con carácter previo a la adopción de una decisión que aplique lo dispuesto en la presente disposición que suponga alguna limitación a la comercialización de un producto o que obligue a su retirada del mercado, será necesario instruir un procedimiento en el que se cumplimentará el trámite de audiencia a las partes interesadas que, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.- La decisión deberá ser debidamente motivada y se notificará a la parte interesada en los términos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El precepto prosigue estableciendo la posibilidad de aplicar un procedimiento de urgencia.

La Ley 11/2001 creó posteriormente la Agencia Española de Seguridad Alimentaria, AESA, con el objeto de promover la seguridad alimentaria y ofrecer garantías e información objetiva a los consumidores y agentes económicos del sector agroalimentario español, desde el ámbito de actuación de las competencias de la Administración General del Estado y con la cooperación de los demás Administraciones Públicas y Sectores interesados. Por ello entre sus funciones se encuentran las de coordinar las actuaciones de las Administraciones con competencias que incidan en la seguridad alimentaria, instar actuaciones ejecutivas de las autoridades



competentes, especialmente en situaciones de crisis o emergencia, y coordinar el funcionamiento de las redes de alerta existentes en el ámbito de la Seguridad alimentaria.

A los sistemas de intercambio rápido de información (redes de alerta alimentaria) se refiere al Capítulo V (art. 30 y siguientes) del Real Decreto 709/2002, estatuto de la AESA.

Por último, la Orden SCO/564/2004, de 27 de febrero, ha creado el Sistema de Coordinación de Alertas y Emergencias de Sanidad y Consumo, dentro del Sistema de Información Sanitaria del Sistema Nacional de Salud previsto en la Ley 16/2003, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

SEXTO. Así pues, la Alerta declarada el 3 de julio de 2001 tenía fundamento inmediato en lo dispuesto en los artículos 26 de la Ley General de Sanidad, 3.1 de la Ley 26/1984, y 6.4 y 8 del Real Decreto 44/1996, mediante el que se procedió a la transposición de la Directiva 92/59/CEE, del Consejo de las Comunidades Europeas y que, como se señala en su exposición de motivos, se alinea con múltiples disposiciones que, con el mismo objeto, se encontraban presentes en el ordenamiento interno, y singularmente en los artículos 51 y 43, CE. La ingesta de productos contaminados por HAPs era un riesgo potencial para la salud que ya había puesto de manifiesto la Organización Mundial de la Salud. La falta de determinación en el ámbito científico del nivel de exposición necesario para la actualización del riesgo potencialmente existente, no resta fundamento a la medida adoptada por la Administración sanitaria, puesto que existía un riesgo grave e inminente para la salud, en el sentido de estar científicamente contrastado que la exposición al riesgo de que se trata comportaba la contingencia o proximidad de un daño para la salud, por la amenaza de contraer una enfermedad grave, por el potencial carcinogénico de la sustancia contaminante a través de la prolongada exposición al riesgo, razón por la cual, la Organización Mundial de la Salud había aconsejado minimizar la exposición al riesgo, ante la incertidumbre existente sobre la implicación cuantitativa de la misma en el potencial carcinogénico que contiene.

La Alerta declarada vino precedida de la analítica aleatoria que permitió conocer la importancia de la intervención de la sustancia de que se trata en la composición del producto afectado por aquélla, y que vendría a ser confirmada en virtud de los análisis efectuados con ocasión de la ejecución de la medida por las Administraciones Autonómicas, y se estima, que cumple los criterios de proporcionalidad y transitoriedad que adicionalmente contempla el artículo 6. 4 del citado Real Decreto 44/96, criterios que pueden enmarcarse, a su vez, dentro de las exigencias del principio de precaución que en materia de gestión de riesgos viene propugnando la jurisprudencia comunitaria y la Comisión Europea. Exigencias que se recogen en el repetido informe técnico de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria -folios 500 y ss- que consisten en que las medidas que se adopten sean proporcionales al nivel de protección elegido, que no sean discriminatorias en su aplicación, sean coherentes con medidas similares ya adoptadas, basadas en el examen de los posibles beneficios y costes de la acción o la falta de acción, sujetas a revisión y capaces de designar a quién incumbe aportar las pruebas específicas necesarias para una evaluación del riesgo más completa, teniendo en cuenta que la medida adoptada perseguía la reducción del riesgo potencial de exposición de los consumidores a niveles de HAPs por encima de los niveles que la tecnología permite obtener, dado lo habitual del consumo de aceite y que es la exposición reiterada o habitual la que otorga peligrosidad a estos compuestos.

A destacar también la aplicación que de dicho principio se hace en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 5 de mayo de 1998, citada por el Abogado del Estado en la contestación a la demanda, de modo que cuando subsista la incertidumbre respecto a la existencia y la importancia de los riesgos para la salud de las personas, las instituciones pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que la realidad y gravedad de los riesgos estén plenamente demostrados.

SEPTIMO. En cuanto al procedimiento, la adopción de la Alerta, no venía sujeta al especialmente establecido en el artículo 9 del Real Decreto 44/1996, por estar éste referido el mismo en este caso a las concretas medidas de inmovilización ejecutadas por las Administraciones Autonómicas alertadas a través de la medida. Supuesto normativo que, efectivamente, con relación a la actuación de la Administración Autonómicas, ha tomado en consideración el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número uno de Sevilla al dictar las sentencias incorporadas a los autos.

Respecto al deber de confidencialidad, viene impuesto por artículo 10 del repetido Real Decreto, dirigido a evitar toda divulgación no indispensable de información susceptible de perjudicar la imagen de marca de un producto, y se compagina, según dicho precepto, con la posibilidad de divulgar la información que, según las circunstancias, deba hacerse pública para proteger adecuadamente la salud y la seguridad las personas. La parte demandante recoge en la demanda distintas reseñas sobre la divulgación mediática de la medida adoptada, singularmente a través de las declaraciones de la Ministra titular del Departamento de Sanidad y Consumo, pero las mismas se inician ante el hecho de que una Comunidad Autónoma había difundido una nota tras recibir la notificación de la Alerta, por lo que trató la administración de evitar divergencias en la comunicación o evitar comunicaciones



heterogéneas, según expresó el Ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación durante la citada comparecencia ante el Senado, de 1 de octubre de 2001.

OCTAVO. Por otra parte, según se pone de manifiesto en el repetido informe técnico de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria, la contaminación del aceite de orujo de oliva se produce en el proceso industrial de obtención del producto, y no porque previamente existan niveles de HAPs en la materia prima; y que existía y existe la posibilidad real de reducir los niveles de contaminación por HAPs mediante la aplicación de técnicas de filtrado de los aceites refinados con carbón activo, combinando tiempos, temperatura y presiones.

Este informe de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria pone de manifiesto que la aplicación de las técnicas de filtrado de los aceites refinados con carbón activo, posibilita reducir los niveles de contaminación, llegándose a alcanzar la práctica eliminación de estos compuestos, especialmente del benzo (a) pireno o, al menos, su reducción a menos de 1 microgramo/Kg; y las industrias elaboradoras de este producto industrial conocían, por tradicional, esta técnica y estaban en condiciones de incorporarla rápidamente al proceso industrial tecnológico.

NOVENO. Pese a la inexistencia de legislación específica en la Unión Europea, antes de dicha fecha, sobre niveles máximos permitidos en los alimentos, según el comunicado difundido por el CSIC, folio 85 del expediente, el aceite se sometía a un proceso de refinación en el que se reducía el nivel de los contaminantes a los niveles reconocidos por la European Economic Community Seed Crusher's and Oil Processor's Federation para los aceites vegetales (1 microgramo de benzo(a) pireno por kilo), no obstante los análisis practicados han puesto de manifiesto que en la mayor parte de los casos se sobrepasaba dicho límite, así como el posteriormente establecido por O.M. de 25 de julio de 2001. En dicho comunicado de 4 julio de 2001, se señala que las industrias ya eran conscientes del problema y que habían tomado medidas para rebajar los niveles de HAPs, no obstante se sobrepasaba en la mayor parte de los casos analizados los niveles primeramente recomendados y posteriormente establecidos por norma.

Por otro lado, la ausencia de límites con anterioridad a la Alerta decretada no tiene la trascendencia pretendida, puesto que según dispone el art. 4 del Real Decreto 44/1996, en ausencia de las previsiones anteriores, se tendrá en cuenta su conformidad con los códigos de buena conducta en materia de sanidad y seguridad vigentes en el sector correspondiente, o bien se tomará en consideración la situación de la práctica y de la técnica, así como la seguridad que los consumidores puedan razonablemente esperar. Es de tener en cuenta al efecto lo dispuesto en el inciso final del apartado 1, art. 6, de este Real Decreto 44/1996, y la obligación impuesta a productores y distribuidores por el artículo 3.1 del mismo, así como por el artículo 2 del Reglamento CEE 315/1993, del Consejo, o la más genérica obligación establecida en el Capítulo V, apartado 1, de la Reglamentación Técnica Sanitaria de aceites vegetales comestibles, aprobada por Real Decreto 308/1983.

DECIMO. Por todo lo expuesto, no puede darse por acreditada la existencia de un daño derivado de la actuación de la Administración sanitaria que la interesada no tenga el deber jurídico de soportar (art. 139 y siguientes, Ley 30/1992), en cuanto que el impacto que sobre el mercado del aceite de orujo tuvo la medida de alerta, al que se refiere el informe aportado por la reclamante y ratificado en el período probatorio del proceso y la particular repercusión de dicho impacto sobre el patrimonio de la reclamante, al que se refiere el informe también aportado por la parte actora e igualmente ratificado en el proceso, no constituye una lesión antijurídica, al ajustarse la Alerta declarada al marco normativo de aplicación y con respeto a los principios que le rigen, que recae finalmente en beneficio del sector oleícola.

SEGUNDO.- Las consideraciones expuestas no permiten llegar a resultados distintos de los alcanzados en precedentes ocasiones al analizar la justificación de alerta alimentaria puesta en marcha por el Ministerio de Sanidad y Consumo, en aras a la protección de la Salud de los Consumidores (art. 43 CE), dados los muestreos obtenidos y los datos con los que contaba.

Y ello ha de mantenerse incluso en casos como el presente en el que consta en el expediente administrativo, tal y como pone de manifiesto la resolución expresa de 25 de febrero de 2004 y el Informe del Consejo de Estado obrante en el expediente administrativo (folio 221 y 231), que la entidad demandante, venía dedicada a la extracción de aceite de orujo crudo, destinado a un proceso de refinación para ser destinado al consumo humano. Pues bien, de lo analizado resulta, sin embargo, que es precisamente en el proceso de elaboración donde se producen los contaminantes que dan lugar a la puesta en marcha de la alarma, conforme se ha expresado con anterioridad, y que los mismos se producen en el contexto de obtención del producto a consecuencia del proceso tecnológico, aun después del proceso de refinado, cuando los medios técnicos permiten la posibilidad real de reducir los niveles de contaminación, tal y como ha demostrado la práctica desarrollada con posterioridad.

En resumen la Alerta alimentaria, que se concreta en aconsejar a las Comunidades Autónomas una inmovilización cautelar sin ordenar la inmovilización, se presenta correcta, y el daño que invoca la Empresa no deja de ser el resultado de la desconfianza de los consumidores del producto, lo que desvirtúa la relación



de causalidad entre estas consecuencias y aquella alerta, y desde luego queda patente la inexistencia de antijuridicidad que exige la declaración de **responsabilidad patrimonial** (artículo 139 y 141.1 de la Ley 30/1992). En efecto, el daño que pretende resarcir la actora podrá tener su origen mediato en la adopción de la alerta, pero esta ha sido acordada en el marco de la prevención sanitaria y ha quedado corroborada por los propios datos que resultan de las actuaciones, en los que queda patente que los niveles de HAP's detectados en aceites de orujo de oliva superaban los límites tolerables, de acuerdo con los estudios realizados, posteriormente plasmados en la Orden de 25 de julio de 2001 (BOE de 26 de julio), por la que se establecen como límites máximos de determinados hidrocarburos aromáticos policíclicos en aceite de orujo de oliva (entre ellos el benzo (a) pireno) 2 microgramos/kilo de aceite.

Por lo tanto, se ha de concluir que los daños invocados se derivan y traen su causa en el proceso de elaboración seguido por las entidades intervinientes en el mercado de aceite de orujo, las cuales podían conocer los efectos nocivos para la salud humana de los HAPs, y consecuentemente evitar poner en el mercado - o en la cadena de productos que han de llegar al consumidor- productos que representaran riesgos para la salud, de acuerdo con lo establecido en los artículos 3 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General de los Consumidores y Usuarios y 4 del RD 44/1996, de 19 de enero, sobre medidas para garantizar la seguridad de los productos puestos a disposición del consumidor, máxime cuando el estado de la técnica permite, tal y como ha podido constatarse, la reducción de los niveles de benzo (a) pireno a niveles de mayor seguridad en la ingesta de un producto de uso habitual y claramente generalizado. En conclusión, estamos ante las consecuencias de un proceso de elaboración, que constituye un riesgo que el empresario ha de asumir.

Si bien es cierto que en trámite de conclusiones la demandante aporta sentencia de fecha 20 de octubre de 2004 (TSMa, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección octava, R. 912/02), por la que se declara la nulidad de resolución que decretó la alerta alimentaria, se ha de tener en consideración que tal circunstancia, no resulta por sí sola suficiente al objeto de generar la **responsabilidad** que se reclama, conforme claramente dispone el artículo 142.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sin que conste que tal resolución haya ganado firmeza. Por último, la resolución indicada, no desvirtúa las consideraciones expuestas anteriormente en orden a hacer valer la reclamación de **responsabilidad patrimonial**, puesto que lo que se ventila en este recurso es si concurren o no los presupuestos establecidos en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre."

TERCERO.- Frente a dicha sentencia se alza la recurrente interponiendo recurso de casación con apoyo en dos motivos, que aunque sin cita del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, en el que realmente se amparan, precisamente por no ofrecer duda el encaje de ambos en la norma procesal citada, como con lealtad procesal reconoce el Abogado del Estado, permite considerar que la irregularidad de mención carece de relevancia para la inadmisión de dichos motivos, lo que ahora se traduciría en causa de desestimación.

Por el primero, se denuncia la infracción de los artículos 106.2 de la Constitución, 139 y 141 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, y del 1.105 del Código Civil, así como de la Jurisprudencia que los interpreta. Aduce la no obligatoriedad de soportar un daño acreditado derivado de la actuación de la Administración.

Por el segundo, la infracción de los artículos 106.2 de la Constitución Española y 139, 140, y 141 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Aduce la causación de una lesión antijurídica que no tiene el deber jurídico de soportar, al no ajustarse la alerta alimentaria a la legalidad vigente.

CUARTO.- Las cuestiones que se suscitan en los motivos ya han sido examinados por esta Sala en numerosas sentencias que constituyen un cuerpo de doctrina que ahora debemos reproducir. Valga la cita de las sentencias de 8 y 22 de junio, 2 de julio y 21 de septiembre (recursos de casación 3340/08, 6542/05, 2565/06 y 6458/05), por referirnos a las más recientes.

En la sentencia de 22 de junio de 2010, después de expresar en el fundamento de derecho tercero que "Las cuestiones que se suscitan en este recurso de casación ya han sido examinadas por esta Sala en varias sentencias anteriores de 4 de marzo de 2009 (dos), 13 de mayo de 2009, 1, 9 y 12 de junio de 2009, y como esos casos, los cuatro primeros motivos de casación se dirigen a poner en cuestión la alerta alimentaria declarada por la Administración demandada, sin tomar en consideración, como ya indicamos en la citada sentencia de 1 de junio de 2009, el objeto del proceso seguido ante la Audiencia Nacional, que se centraba en la desestimación de la reclamación de **responsabilidad patrimonial** de la Administración, cuya existencia se rechazó por entender que estaba obligada a soportar el supuesto daño padecido. No se trataba en las actuaciones de instancia de cuestionar y resolver sobre la legalidad de la alerta alimentaria, sino de determinar si la actuación administrativa había originado alguna lesión que la entidad recurrente no estuviera obligada a soportar. Por otra parte, las cuestiones planteadas en tales motivos carecen ya de objeto, pues la alerta alimentaria adoptada por Orden de 3 de julio de 2001, fue declarada nula por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia



de Madrid en sentencia de 20 de octubre de 2004 (recurso 912/02), confirmada por este Tribunal Supremo en otra de 27 de junio de 2007 (casación 10820/04, de manera que carecen de toda relevancia y eficacia casacional los cuatro primeros motivos en los que la recurrente se limita a cuestionar, no el pronunciamiento del Tribunal de instancia acerca de la antijuridicidad del daño, sino la disconformidad a derecho, que el mismo entiende se produce, de aquella alerta declarada el 3 de julio de 2001, y que ya ha sido anulada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, cuyo pronunciamiento ha sido confirmado por este Tribunal, lo que no excluye -a pesar de las afirmaciones de la Sala de instancia en el sentido de que la alerta declarada se ajustaba al marco normativo- la exigencia de que la entidad no tenga el deber de soportar el daño cuya reparación pretende, para que haya lugar a la **responsabilidad patrimonial** que se reclama, que solo se plantea y con escaso contenido en el motivo quinto, que pasamos a examinar", en el cuarto se decía lo siguiente: "Ciertamente en el motivo quinto la recurrente pone en cuestión la afirmación de la Sala de instancia sobre su deber jurídico de soportar el daño en relación con la alerta declarada y lo hace invocando el carácter objetivo de la **responsabilidad patrimonial**, a cuyo efecto lo primero que debe señalarse es que, como se recoge en la sentencia de 22 de abril de 1994, <<esa **responsabilidad patrimonial** de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión, entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar (en el mismo sentido sentencias de 31-10-2000 y 30-10-2003)>>, a lo que debe añadirse que con tal requisito se viene a indicar que el carácter indemnizable del daño no se predica en razón de la licitud o ilicitud del acto causante (en este caso la alerta declarada) sino de su falta de justificación conforme al ordenamiento jurídico, en cuanto no impone al perjudicado esa carga **patrimonial** y singular que el daño implica, lo que exige examinar su concurrencia a pesar de la declaración de ilegalidad y anulación de la controvertida alerta alimentaria.

A tal efecto, como hemos declarado en la sentencia de 13 de mayo de 2009, por referencia a la de 4 de marzo de 2009, antes citadas y referidas como las demás a un supuesto también de reclamación de **responsabilidad** de la Administración por la Alerta alimentaria en relación con la existencia de benzopireno en el aceite de oliva, <<el principio de **responsabilidad** de la Administración que proclama el art. 106 de la Constitución está limitado, por expresa disposición del art. 141.1 de la Ley 30/92, a aquellas lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley, precepto que, como recuerda la sentencia de 19 de septiembre de 2007 y recoge reiterada doctrina de este Tribunal, exige la necesaria concurrencia, para apreciar en sentido positivo la **responsabilidad** administrativa, de la antijuridicidad del daño, puesto que, en definitiva, y como esta jurisprudencia ha declarado, no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa.

Por otro lado, como afirma aquella sentencia al principio citada, el art. 142.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dispone que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, lo que no es sino una confirmación de un principio general consagrado en nuestra legislación, en virtud del cual, si bien no toda resolución judicial anulatoria comporta, per se, la obligación de indemnizar, tampoco ha de entenderse que se excluya la posibilidad de dicha reparación cuando concurren el resto de los requisitos exigibles de conformidad con las disposiciones que regulan la materia contenidas en los artículos 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Por otro lado, es conocida, igualmente, la doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala, que recoge la sentencia de 4 de mayo de 2006 y que se contiene, entre otras muchas, en sentencia de 21 de marzo, 2 de mayo, 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995, 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996, 16 de noviembre de 1998, 20 de febrero, 13, 29 y 12 de julio de 1999 y 20 de julio de 2000, según la cual procede la exoneración de **responsabilidad** para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado o de un tercero la determinante del daño producido.

... al igual que ocurrió en supuesto similar con lo enjuiciado por esta Sala en su sentencia de 1 de junio de 2009 (11.161/2004), donde se había pretendido igualmente la nulidad de la declaración de alerta que, como vimos antes, había sido ya anulada por el orden jurisdiccional, el ámbito del recurso queda ceñido exclusivamente a determinar si existe la antijuridicidad, que el Tribunal de instancia niega, a la vista de la jurisprudencia que antes invocábamos.

Como en la sentencia de 1 de junio de 2009 recogimos, la cuestión ha sido ya resuelta en la sentencia del pasado 13 de mayo, que sigue la estela de otras dos anteriores, pronunciadas el día 4 de marzo de 2009, en los recursos de casación 9520/04 y 9528/04. En los fundamentos jurídicos cuarto de estas dos sentencias, reproducido en el quinto de aquella primera, dijimos que, sin obviar el hecho de la declaración de nulidad de la resolución de 3



de julio de 2001, el daño sufrido por las entonces recurrentes, que ostentaban la misma posición que la empresa que ahora acciona, no era antijurídico. A tal efecto, decíamos, "han de tomarse en consideración dos especiales circunstancias referidas, la primera, al hecho de que cuando se produce la alerta el 3 de julio de 2001 existían ya informes anteriores a nivel internacional que ponían de manifiesto los posibles riesgos existentes para la salud, así como que la citada alerta se produjo, no como consecuencia de una simple actuación de oficio de las autoridades sanitarias españolas, sino provocada por la difusión en medios de comunicación de la República Checa sobre el peligro del consumo de aceite procedente de España al ser susceptible a largo plazo de producir células carcinógenas, a la vista de lo cual se procedió a la práctica de análisis aleatorios que fueron llevados a cabo por el Laboratorio Arbitral Agroalimentario y que confirmaron la contaminación, habiéndose confirmado por los técnicos del Instituto de Salud Carlos III la validez de la metodología empleada y de los resultados obtenidos, lo que motivó la alerta alimentaria que contenía, a fin de prevenir posibles daños para la salud, una recomendación de inmovilización, con carácter cautelar y transitorio, de los productos comercializados para el consumidor final bajo las denominaciones de <<aceite de orujo refinado y de oliva>> y <<aceite de orujo de oliva>>, condicionándose dicha medida cautelar a la ausencia de detección de estos compuestos por un método analítico adecuadamente validado y con un límite de determinación que en ningún caso sea mayor que un ppb."

Añadimos entonces, y lo hacemos ahora que, "con carácter inmediato, mediante Orden del Ministerio de la Presidencia de 25 de julio de 2001, se procedió a establecer los límites máximos tolerables de hidrocarburos aromáticos policíclicos en el aceite de orujo de oliva, así como los criterios aplicables al método analítico utilizable para el control del cumplimiento de lo así establecido, habiéndose procedido, a solicitud de las Comunidades Autónomas de Andalucía, Aragón, Islas Baleares, Navarra, Castilla-La Mancha, Madrid, Murcia y Valencia, por el Centro Nacional de Alimentación a la práctica de informes analíticos sobre muestras de aceite de orujo de oliva recibidas en dicho centro entre los meses de junio de 2001 y abril de 2002, dando como resultado que el contenido de benzo (a)pireno en las muestras excedía, en muchos casos, del límite establecido como máximo tolerable en la orden ministerial de 25 de julio de 2001. La inmediatez entre la alerta y la Orden Ministerial, 22 días, durante los que se realizaron los análisis descritos y se fijaron las bases para la orden de referencia, demuestra la diligencia de la Administración y la no antijuricidad del daño".

En dichas sentencias entendimos también (fundamentos quinto de las tres) que "el Real Decreto 44/1996, de 19 de enero, regula en su artículo 3º las obligaciones de productores y distribuidores, imponiéndoles el cumplimiento de la obligación de comercializar únicamente productos seguros, y obligando a los productores a tomar medidas apropiadas para mantener informados a los consumidores de los riesgos que los productos que comercialicen podrían presentar, estando obligados los mismos, en función de lo dispuesto en el artículo 4º, en ausencia de disposiciones comunitarias o españolas, a tomar en consideración los códigos de buena conducta en materia de sanidad y seguridad vigentes en ese sector o bien la situación de la práctica y de la técnica, así como de la seguridad que razonablemente los consumidores puedan esperar.

Y es que, en definitiva, y al margen de las facultades de las autoridades sanitarias españolas, tanto nacionales como autonómicas, no pueden los productores prescindir de la adopción de las medidas correspondientes en relación con la comercialización para el consumo humano de un producto susceptible de entrañar riesgos y que se estaba comercializando con un nivel superior a los 70 microgramos por kilo, como resulta de las pruebas analíticas realizadas sobre muestras antes de la adopción de la alerta, y ello con mayor motivo cuando en su fundamento de derecho sexto, la sentencia recurrida pone de manifiesto que la contaminación del aceite de orujo de oliva por benzopireno se produce en el proceso industrial de obtención del producto, y no porque previamente existan niveles de HAPs en la materia prima, sino porque los mismos, al parecer, son resultado de un proceso de combustión tendente a evitar la humedad del producto, y sobre todo porque existía, y existe, la posibilidad de reducir los niveles de contaminación mediante la aplicación de técnicas de filtrado de los aceites refinados con carbono activo, combinando tiempos, temperatura y presiones, como igualmente pone de manifiesto el Tribunal de instancia, afirmando que las técnicas de filtrado de los aceites refinados con carbono activo posibilita reducir los niveles de contaminación, llegándose a la práctica eliminación de estos compuestos, especialmente del benzopireno o, al menos, su reducción a menos de 1 microgramo/Kg, conociendo las industrias elaboradoras de este producto industrial, por tradicional, esta técnica, y estando las mismas en condiciones de incorporarlas rápidamente al proceso industrial tecnológico, según rotundamente afirma la sentencia recurrida.

En definitiva, constituía obligación de las propias empresas la aplicación de los medios tecnológicos que la situación de la técnica permitía, de conformidad con lo dispuesto en el artículo. 4º del Real Decreto 44/1996, de 19 de enero, al objeto de reducir, y prácticamente eliminar, el benzopireno existente en el producto, sin que por las mismas se haya puesto en práctica medida alguna tendente a la reducción, al menos, del benzopireno que, por otro lado, resultaba obligado a partir de lo dispuesto en la Orden de 25 de julio de 2001 por la que se redujo el nivel de benzopireno y se determinó la fórmula analítica para su determinación....



En definitiva, y como declaramos también en supuesto similar en la repetida sentencia del pasado 1 de junio , debemos concluir que, la empresa recurrente no ha acreditado que sufriera un daño que no estuviera obligada a soportar, por lo que no se aprecia la concurrencia de la antijuricidad en la lesión que dice producida, lo que constituyó el motivo determinante del pronunciamiento desestimatorio del Tribunal de instancia, que, por lo mismo, ha de ser confirmado, sin que quepa apreciar las alegadas vulneraciones del ordenamiento y de la jurisprudencia">>" .

De acuerdo con tales apreciaciones, cuya fundamentación jurídica resulta plenamente aplicable a la situación contemplada en este caso, procede desestimar los motivos de casación examinados.

QUINTO.- Por todo lo expuesto procede declarar no haber lugar al presente recurso de casación, lo que determina la imposición legal de las costas a la parte recurrente, si bien, la Sala, haciendo uso de la facultad que otorga el artículo 139.3 LRJCA y teniendo en cuenta la entidad del proceso y la dificultad del mismo, señala en 3.000 euros la cifra máxima como honorarios de letrado de la parte recurrida.

FALLAMOS

NO HA LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de "PORRES Y BARIOS, S.A.", contra la Sentencia de fecha 20 de julio de 2005, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, en el recurso contencioso administrativo número 373/03; con condena en costas de la recurrente, con la limitación establecida en el fundamento de derecho quinto.

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