

~~PILAR RICO CADENAS~~
PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES
P° de la Castellana 179, 4° D-1
28.046 MADRID
TLF 91.315.86.22 FAX 91.315.67.04

VICENTE RODRIGUEZ FUENTES
CALLE ASUNCION 6
41011SEVILLA

Fax nº: 954.990.227

C U B I E R T A D E F A X

Cliente.....ASOLIVA
Contrario.....MINISTERIO SANIDAD Y CONSUMO
Abogado.....VICENTE RODRIGUEZ FUENTES
Asunto.....RECURSO CASACION, 10820/4 -- Ref.1101
Juzgado.....TRIBUNAL SUPREMO ,SA-3ª
Su Referencia.

Observaciones:
N° de páginas incluida esta:17

Madrid, diecinueve de Julio de 2007

Estimado/a compañero/a:

Adjunto te remito notificación
proveida en el día de hoy del asunto arriba referenciado.

Un cordial saludo

Pilar Rico



Recurso N.º: 10820/2004

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo
Contencioso-Administrativo
 Sección: CUARTA

SENTENCIA

Sr. Rico Caduf

ES COPIA

Fecha de Sentencia: 27/06/2007

RECURSO CASACION

Recurso Núm.: 10820/2004

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

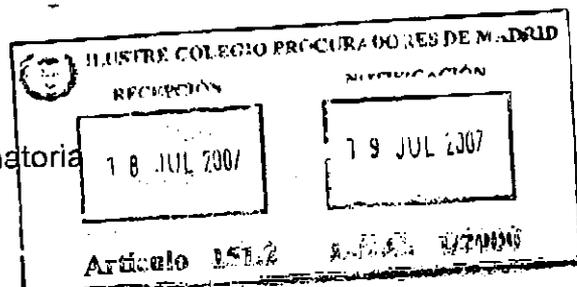
Votación: 13/06/2007

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.8

Ponente: Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

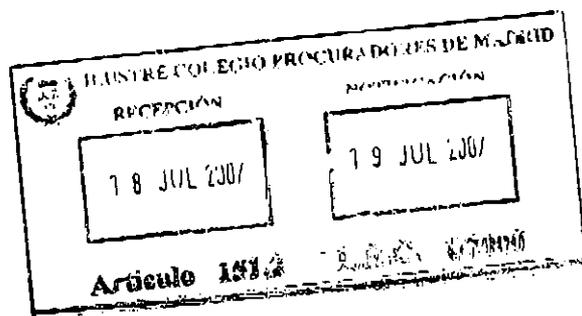
Escrito por: GSS



Recurso extraordinario de casación interpuesto por el Sr. Abogado del Estado en la representación procesal que por Ley tiene conferida de la Administración General del Estado frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, Sección Octava, de veinte de octubre de dos mil cuatro, que estimó el recurso contencioso administrativo núm. 912/2002, interpuesto por la representación procesal de la Asociación Española de Industrias y Comercio Exportador de Aceite de Oliva, (ASOLIVA), contra la desestimación presunta del recurso de alzada deducido contra la Resolución de la Dirección General de Salud Pública y Consumo del Ministerio de Sanidad y Consumo de tres de julio de dos mil uno, por la que se puso en marcha la Red de Alerta Alimentaria en relación a los aceites de orujo de aceituna y se aconsejaba la inmovilización cautelar y transitoria de los productos que se comercializaban bajo las denominaciones "aceite de orujo refinado y de oliva" y "aceite de orujo de oliva" quedando condicionado el levantamiento de dicha medida a la ausencia de hidrocarburos aromáticos policíclicos (HAP) en límite superior a 1 ppb. No ha lugar.



Recurso N.º 10820/2004

RECURSO CASACION Num.: 10820/2004**Votación: 13/06/2007****Ponente Excmo. Sr. D.: Santiago Martínez-Vares García****Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez****SENTENCIA****TRIBUNAL SUPREMO.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: CUARTA****Excmos. Sres.:****Presidente:****D. Ricardo Enríquez Sancho****Magistrados:****D. Mariano Baena del Alcázar****D. Antonio Martí García****D. Santiago Martínez-Vares García****Dª. Celsa Pico Lorenzo**

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Junio de dos mil siete.

La Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sección Cuarta, ha visto el recurso de casación número 10820 de 2004, interpuesto por el Abogado del Estado, contra la Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha veinte de octubre de dos mil cuatro, en el recurso contencioso-administrativo número 912 de 2002.



Recurso Nº: J0820/2004

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Octava, dictó Sentencia, el veinte de octubre de dos mil cuatro, en el Recurso número 912 de 2002, en cuya parte dispositiva se establecía: "Que estimando el recurso contencioso-administrativo nº 912/2002, interpuesto -en escrito presentado el día 23 de abril de 2002- por la Procuradora Doña Pilar Rico Cadenas, actuando en nombre y representación de la Asociación Española de Industrias y Comercio Exportador de Aceite de Oliva (Asoliva), contra la desestimación presunta del recurso de alzada deducido frente a la resolución de la Ilma. Sra. Directora General de Salud Pública y Consumo del Ministerio de Sanidad y Consumo de 3 de julio de 2001, por la que se puso en marcha la Red de Alerta Alimentaria en relación a los aceites de orujo de aceituna, y, al amparo del art. 26 de la Ley 14/86, se aconsejaba la inmovilización cautelar y transitoria de los productos que se comercializaban bajo las denominaciones "aceite de orujo refinado y de oliva" y "aceite de orujo de oliva", quedando condicionado el levantamiento de dicha medida a la ausencia de hidrocarburos aromáticos policíclicos ((HAP) en límite superior a 1 ppb debemos declarar y declaramos que las Resoluciones impugnadas no son conformes a Derecho, y, en consecuencia, las anulamos. Sin costas".

SEGUNDO.- En escrito de seis de noviembre de dos mil cuatro, el Sr. Abogado del Estado, en la representación y defensa que por su cargo ostenta, interesó se tuviera por presentado el recurso de casación contra la Sentencia mencionada de esa Sala de fecha veinte de octubre de dos mil cuatro.

La Sala de Instancia, por Providencia de quince de noviembre de dos mil cuatro, procedió a tener por preparado el Recurso de Casación, con emplazamiento de las partes ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en el plazo de treinta días.

TERCERO.- En escrito de veintiséis de enero de dos mil cinco, el Sr. Abogado del Estado, procedió a formalizar el Recurso de Casación, interesando la revocación de la Sentencia dictada por la Sala de instancia, y que se dicte en su día nueva resolución ajustada a Derecho, admitiéndose el mismo por Auto de dieciséis de febrero de dos mil seis .

CUARTO.- En escrito de veintinueve de mayo de dos mil seis, la Procuradora Doña Pilar Rico Cadenas, en nombre y representación de la Asociación Española de Industrias y Comercio Exportador de Aceite de Oliva



Recurso Nº: 10820/2004

(Asoliva), manifiesta su oposición al Recurso de Casación y solicita se dicte sentencia por la que se declare no haber lugar al recurso y se impongan las costas al recurrente.

QUINTO.- Acordado señalar día para la votación y fallo, fue fijado a tal fin el día trece de junio de dos mil cuatro en cuya fecha tuvo lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **SANTIAGO MARTÍNEZ-VARES GARCÍA**, Magistrado de Sala que expresa la decisión de la misma

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se formula el recurso extraordinario de casación que resolvemos frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, Sección Octava, de veinte de octubre de dos mil cuatro, que estimó el recurso contencioso administrativo núm. 912/2002, interpuesto por la representación procesal de la Asociación Española de Industrias y Comercio Exportador de Aceite de Oliva, (ASOLIVA), contra la desestimación presunta del recurso de alzada deducido contra la Resolución de la Dirección General de Salud Pública y Consumo del Ministerio de Sanidad y Consumo de tres de julio de dos mil uno, por la que se puso en marcha la Red de Alerta Alimentaria en relación a los aceites de orujo de aceituna y se aconsejaba la inmovilización cautelar y transitoria de los productos que se comercializaban bajo las denominaciones "aceite de orujo refinado y de oliva" y "aceite de orujo de oliva" quedando condicionado el levantamiento de dicha medida a la ausencia de hidrocarburos aromáticos policíclicos (HAP) en límite superior a 1 ppb.

SEGUNDO.- La resolución combatida se expresó en los siguientes términos "Presencia de hidrocarburos aromáticos policíclicos en aceite de orujo de oliva. 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, aun 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



Recurso N°: 10820/2004

ingesta seguro, por lo que el JECFA (Joint Expert Committee 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.-VOL.32, 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 artº 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 1ppb".

TERCERO.- La Sentencia recurrida concretó en el primero de sus fundamentos el acto que constituía el objeto del recurso y al que ya nos hemos referido, y seguidamente examinó las dos posibles causas de inadmisibilidad opuestas por el Sr. Abogado del Estado en la contestación a la demanda, y que consistían en la falta de legitimación activa de la asociación recurrente por no haber acreditado la misma sus fines estatutarios, así como la inexistencia de acto impugnado puesto que la resolución recurrida adoptó la decisión de activar la Red de Alerta Alimentaria y aconsejar la medida de inmovilización cautelar y transitoria de todos los productos que se comercialicen como "aceite de orujo refinado" y "aceite de orujo de oliva". Ambas excepciones fueron rechazadas.



Recurso N°: 10820/2004

El segundo de los fundamentos de derecho sentó los antecedentes que consideró necesarios para la resolución del asunto y que extrajo del expediente. Así expuso que: "El 31 de mayo de 2001 se tuvo noticia de un artículo publicado en un diario checo bajo el título "La autoridad higiénica advierte del peligro de aceite de oliva" en el que se dice, con cita en el Jefe del Instituto higiénico regional de Karviná, que "el aceite, según su opinión, perjudica la salud.Según los higiénicos el consumo a largo plazo de aceite puede contribuir a la creación de células carcinógenas. En el producto se ha detectado un contenido elevado de compuestos policíclicos...."Analizadas ocho muestras remitidas el 18 y 19 de junio, arrojan unos porcentajes de ppb que oscilan entre el 68.7 y el 430.9. El día 3 de julio, a la vista de los resultados analíticos y teniendo en cuenta el 37 informe del Comité Mixto FAO/OMS de Expertos en Aditivos Alimentarios (Ginebra 1991) en relación con el Benzo (a)pireno, se adopta la medida recurrida".

El tercero de los fundamentos transcribe el contenido de los arts. 26.1 y 28 de la Ley General de Sanidad y tras referirse de nuevo al apartado 1 del art. 26 señala que "Dos son, pues, los presupuestos: (para que puedan adoptarse las medidas previstas) a) Existencia o sospecha razonable de un riesgo para la salud, y, b) que éste sea inminente y extraordinario".

Y añade el texto judicial que "La causa de la medida es la presencia de hidrocarburos aromáticos policíclicos (HAP), entre ellos alfa-benzopireno en aceites de orujo de aceituna, cuyo consumo -dice textualmente la Resolución- puede entrañar "un peligro grave, aunque no inmediato, para la salud humana".

El Informe tomado en consideración por la Administración data de 1991 y en relación con el benz (a)pireno, el Comité del Codex sobre Aditivos Alimentarios y Contaminantes de los Alimentos señaló que "el Organismo Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer había encontrado pruebas poco fehacientes de la carcinogenicidad de esta sustancia en el ser humano, pero suficientes para comprobar su carcinogenicidad en los animales.....,la gran diferencia observada sobre la ingesta humana estimada y las dosis oncógenas para los animales sugieren que cualquier efecto para la salud humana puede ser insignificante. Pese a ello, la gran incertidumbre que rodea la estimación del riesgo exige un esfuerzo por minimizar la exposición humana al benzo (a)pireno tanto como sea posible.....El Comité reconoció la complejidad del problema de reducir la exposición al benzo (a)pireno y a otros hidrocarburos aromáticos policíclicos.....En este sentido serían eficaces las estrategias destinadas a minimizar la exposiciónEstas incluyen prácticas



Recurso N.º: 10820/2004

que los consumidores pueden cambiar, como el lavado cuidadoso de las frutas y verduras..., el retiro del exceso de grasa de la carne para asar con el fin de evitar incendios....".

Pues bien, con estos datos -de los que, en todo caso, se disponía desde 1991- y, aún reconociendo la existencia de un riesgo para la salud, éste, desde luego, no puede calificarse de inminente -la propia Resolución lo excluye-, ni tampoco de extraordinario, requisitos ambos que han de concurrir para la adopción de medidas preventivas, como la que fue aconsejada por la Resolución recurrida, medidas que, además de incidir clara y agresivamente en el sector, generan una alarma social desproporcionada a la realidad, científica, del riesgo.

Es más, si tan importante era el riesgo y los datos -además del artículo periodístico y el muestreo de análisis- en los que se ha basado la Administración para activar la Red de Alerta Alimentaria, eran conocidos desde 1991 -fecha del Informe que venimos comentando-, cabría preguntarse por qué hasta la Orden de 25 de julio de 2001 no se establecieron los límites permitidos de determinados PAH en el aceite de orujo y la respuesta nos la da la Dra. Brosa Ballesteros en el Informe sobre los Hidrocarburos Policíclicos Aromáticos que, como prueba pericial, fue aportada por la actora y ratificada a presencia judicial: "En el caso concreto de los PAHs, a pesar de considerarse sustancias con un posible efecto cancerígeno, y se recomienda controlar al máximo las causas de generación de los mismos, los niveles de contaminación detectados en los diferentes ámbitos, incluidos los alimentos, hoy en día se mantiene por debajo de las dosis supuestamente nocivas para la salud. Quizás sea por esta razón que la mayoría de los países europeos, incluidos España, no dispusieran de la legislación regulatoria pertinente para determinados alimentos como el aceite de orujo, antes de la detección de partidas de este aceite con niveles más elevados de lo habitual, más teniendo en cuenta que el consumo de este aceite es muy reducido en comparación con otros aceites vegetales y el aceite de oliva. Como se ha reflejado en todo el informe, el posible efecto nocivo de los PAHs no radica en la ingestión ocasional de una dosis anormalmente alta, sino en la ingestión continuada de una dosis nociva durante meses".

Faltando, pues, los presupuestos legalmente exigidos para adoptar una decisión como la impugnada, sin más antecedentes que un Informe de 1991 -que carece de datos concluyentes y en el que se advierte de un riesgo potencial y se invita a la adopción de diversas medidas de muy variada índole- y el análisis de ocho muestras que rebasan los límites habituales -no



Recurso N°: 10820/2004

regulados- de una sustancia de posibles efectos cancerígenos en las personas cuya ingesta diaria media estimada "era cerca de cuatro veces menor que la del efecto nulo para incidencia de tumores en un experimento hecho con ratas en que se incluyó dicha sustancia en la alimentación" (Informe de 1991), es clara, a nuestro juicio, la inexistencia de presupuesto legal habilitante, lo que ha de conducir, con estimación del recurso, a la anulación de las Resoluciones recurridas".

CUARTO.- El recurso extraordinario de casación que la Sala resuelve lo interpuso el Sr. Abogado del Estado frente a la Sentencia mencionada en la representación legal que por Ley tiene conferida y se basa en un motivo que denomina primero, pero que en, realidad, es único, y que formula al amparo del art. 88.1.d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Ley 29/1998, de 13 de julio, que dispone que "el recurso de casación habrá de fundarse en alguno o algunos de los siguientes motivos: Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate" por infracción de los artículos 26 y 28 de la Ley General de Sanidad, Ley 14/1986, el Real Decreto 44/1996, de 19 de enero, sobre medidas para garantizar la seguridad general de los productos puestos a disposición del consumidor y la Directiva 92/59 CEE, del Consejo, de 29 de junio de 1992 (sustituida por la Directiva 2001/95, CE, de 3 de diciembre, y que deroga a la anterior en su efecto en las legislaciones nacionales a partir de 15 de enero de 2004), vigente en el momento en que se adopta la resolución anulada por la Sentencia ahora recurrida en casación.

El motivo parte del art. 149.1.16 de la Constitución que otorga al Estado competencia exclusiva sobre las bases y la coordinación general de la sanidad. Los servicios de salud de las Comunidades Autónomas actúan esas bases y coordinación de acuerdo con el art. 50 de la Ley.

Pero en este caso esas medidas afectan no sólo a la sanidad sino también a la protección de la salud y seguridad de los consumidores de modo que le afecta igualmente lo previsto en el art. 51 de la Constitución cuando afirma que "los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos".

Como consecuencia de ello cita el motivo el Real Decreto 44/1996, de 19 de enero, por el que se adoptan Medidas para garantizar la Seguridad General de los Productos puestos a disposición del Consumidor. El Real



Recurso Nº: 10820/2004

Decreto se asienta en la competencia del Estado 149.1.16 y tiene soporte legal directo en los artículos 24, 25.2 y 3 y 26 de la Ley General de Sanidad, Ley ya citada 14/1986, de 25 de abril. Las infracciones en **esta** materia afectan por ello tanto a la salud pública como a la salud de los consumidores.

El art. 26 de la Ley de Sanidad se refiere a un riesgo inminente y extraordinario para la salud y las competencias de ejecución corresponden a las Comunidades Autónomas. Las medidas adoptadas no tienen naturaleza sancionadora sino preventivas o cautelares.

La decisión recurrida se apoya en la Reglamentación técnico sanitaria de aceites vegetales comestibles, art. 1.1. del Capítulo V que regula las Características de los productos, materias primas y otros ingredientes a que se refiere esta reglamentación y que como Condiciones generales dispone que "los aceites vegetales comestibles, cualquiera que sea su procedencia, deberán satisfacer las siguientes condiciones generales: 1.1 Estar en perfectas condiciones de consumo".

El motivo invoca el art. 4 de la Directiva que dispone que "1. Cuando no existan disposiciones comunitarias específicas que regulen la seguridad del producto en cuestión, se considerará seguro un producto cuando sea conforme con las normativas nacionales específicas del Estado miembro en cuyo territorio esté en circulación el producto, establecidas respetando el Tratado y, en particular, de sus arts. 30 y 36, y que fijan los requisitos sobre sanidad y seguridad que debe cumplir el producto para poder comercializarse.

2. Cuando no existan las normativas específicas que se mencionan en el apartado 1, la conformidad de un producto con el requisito general de seguridad se establecerá teniendo en cuenta las normas nacionales no obligatorias que recojan una norma europea o, si existieren, las especificaciones técnicas comunitarias, o, a falta de éstas, las normas técnicas establecidas en el Estado miembro en el que esté en circulación el producto, los códigos de buena conducta en materia de sanidad y seguridad vigentes en el sector correspondiente, o bien teniendo en cuenta la situación de la práctica y de la técnica así como la seguridad que razonablemente los consumidores pueden esperar.

3. La conformidad de un producto con las normas mencionadas en los apartados 1 o 2 no impedirá que las autoridades competentes de los Estados miembros puedan adoptar las medidas oportunas para restringir la comercialización de un producto o solicitar su retirada del mercado si, a pesar de dicha conformidad, resultara peligroso para la salud y la seguridad de los consumidores".



Recurso Nº: 10820/2004

En definitiva con todo ese elenco normativo se busca proteger el interés de los consumidores como recoge también el art. 43 de la Constitución Española cuando dispone que "Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios".

Menciona también los principios de precaución y de acción preventiva y cita la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 5 de mayo de 1998 referida a la enfermedad de las vacas locas.

Defiende la resolución recurrida afirmando que la decisión se limita a aconsejar la inmovilización cautelar y transitoria y se refiere a que esa actitud y la adopción de medidas son variadas según resulta de la Ley y de los artículos 6 del Real Decreto y del mismo de la Directiva.

Dice que el Estado no ha adoptado ninguna medida de modo que el acto no es un acto de trámite pero tampoco es una resolución que ponga término a un procedimiento sino algo distinto un "tertium genus" al que se hace referencia en la comunicación de la Comisión de 1 de febrero de 2000, que afirma que "el recurso al principio de precaución no se traduce necesariamente en la aprobación de actos finales destinados a producir efectos jurídicos, que pueden ser objeto de un control jurisdiccional".

Se refiere también a la justificación y proporcionalidad de la medida. La decisión de aconsejar la inmovilización se adopta teniendo en cuenta informes que ponían de manifiesto la carcinogenicidad potencial del benzo (a) pireno así como análisis realizados en diversas muestras de aceite de orujo que ponían de manifiesto esas dos circunstancias.

QUINTO.- El motivo no puede prosperar. Comenzando por el final habremos de resolver acerca del último argumento que se refiere a la naturaleza de la decisión adoptada. Se afirma que el Estado no ha acordado ninguna medida, de modo que el acto recurrido si bien no tiene la naturaleza de un acto de trámite tampoco es una resolución que ponga término a un procedimiento, y recurre a la consideración de la resolución como un "tertium genus" e invoca una decisión de la Comisión Europea de 1 de febrero de 2000 que sostiene que "el recurso al principio de precaución no se traduce necesariamente en la aprobación de actos finales destinados a producir efectos jurídicos, que pueden ser objeto de un control jurisdiccional".

Sin negar esa afirmación que no hemos podido confrontar la misma no es válida en el supuesto que nos ocupa, pues lo cierto es que la resolución recurrida se acoge al art. 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de



Recurso Nº: 10820/2004

Sanidad, y atendiendo al contenido del precepto aconseja por las razones a las que se refiere en su fundamentación "la inmovilización cautelar y transitoria de cuantos productos se comercialicen al consumidor final bajos las denominaciones citadas ("aceite de orujo refinado y de oliva" y "aceite de orujo de oliva"). Y añade la resolución "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".

Por lo tanto estamos en presencia de una decisión que se adopta invocando el art. 26 de la Ley 14/1986, General de Sanidad que se dicta utilizando el título competencial de que dota al Estado el art. 149.1.16ª de la Constitución al atribuirle las "bases y coordinación general de la sanidad" y que en ese precepto permite que "en caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud", a las "autoridades sanitarias adoptar las medidas preventivas que estimen pertinentes" y contempla entre ellas "la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas".

Naturalmente tal decisión que traslada su ejecución a las Comunidades Autónomas que son las Administraciones territoriales sobre las que pivota la organización de la sanidad como consecuencia de la creación de los distintos servicios de salud de cada una de ellas que se integran en el Sistema Nacional de Salud, aún cuando utiliza la expresión "procede aconsejar" va más allá porque está poniendo en marcha una de las competencias que al Estado reconoce el art. 40 de la Ley mencionada, cuando en el núm. 12 le otorga competencia "sin menoscabo de las competencias de las Comunidades Autónomas" para "la coordinación de los servicios competentes de las distintas Administraciones Públicas Sanitarias, en los procesos o situaciones que supongan un riesgo para la salud de incidencia e interés nacional o internacional".

Tan claro es que no se trata sólo de un consejo, como que la resolución concreta la medida a tomar, y así se refiere a la de inmovilización cautelar y transitoria de los aceites que menciona, y no sólo eso sino que a continuación ya en un tono bien distinto da por hecho que el levantamiento de la inmovilización quedará condicionado a que no se detecten hidrocarburos aromáticos policíclicos en los aceites de orujo de aceituna cuando los mismos se sometan a un método analítico adecuadamente validado y con un límite de



Recurso N.º 10820/2004

determinación que en ningún caso sea mayor que 1 ppb. Se podrá decir que cada Comunidad Autónoma quedaba en libertad para adoptar o no la medida, pero es lo cierto que la decisión no simplemente aconsejaba sino que advertía del riesgo que suponía para la salud humana la presencia de esos componente en los aceites, y lo hacía invocando el art. 26 de la Ley que utiliza la forma imperativa "adoptarán" de modo que imponía la toma de medidas para prevenir el riesgo que consideraba inminente y extraordinario.

El motivo por otra parte sostiene que la norma a cumplir por los productores en este supuesto era el Real Decreto 308/1983, de 25 de enero, por el que se aprobó la Reglamentación Técnico-Sanitaria de Aceites Vegetales Comestibles con las modificaciones experimentadas, y que, según afirma la Administración recurrente, exige cuando se refiere en su disposición V. que dedica a las características de los productos, materias primas y otros ingredientes regulados por esta reglamentación y entre sus condiciones generales que "los aceites vegetales comestibles, cualquiera que sea su procedencia, deberán satisfacer las siguientes condiciones generales: 1.1 Estar en perfectas condiciones de consumo".

De ahí deduce apoyándose también en la Directiva 92/59/CEE del Consejo de 29 de junio de 1992, relativa a la seguridad general de los productos y con cita expresa del artículo 4 de la misma que se enmarca en el Título II, que regula la obligación general de seguridad, que cuando no existan disposiciones comunitarias específicas que regulen la seguridad del producto en cuestión se considerará seguro el producto cuando sea conforme con las normativas específicas del Estado miembro en el que circule el producto. El precepto sigue estableciendo normas de seguridad que pudiéramos considerar subsidiarias en función de las normas nacionales no obligatorias que recojan normas europeas y otras de menor escala hasta concluir en un párrafo final de cierre del sistema en el que se afirma que "la conformidad de un producto con las normas mencionadas en los apartados 1 y 2 no impedirá que las autoridades competentes de los Estados miembros puedan adoptar las medidas oportunas para restringir la comercialización de un producto o solicitar su retirada del mercado si, a pesar de dicha conformidad, resultara peligroso para la salud y la seguridad de los consumidores".

Tanto de la Reglamentación nacional como de este último párrafo del art. 4 de la Directiva se pretende obtener la precisa cobertura para la medida adoptada en el supuesto que enjuiciamos, en tanto que la conformidad de un producto con las normas a las que se refiere el precepto no impide a las autoridades competentes adoptar medidas si el producto resulta peligroso para



Recurso Nº: 10820/2004

la salud y la seguridad de los consumidores. De igual manera se acoge en este sentido al art. 4 del Real Decreto 44/1996, de 22 de febrero, que se refiere a la valoración de la seguridad de un producto, y que, no en vano, traspuso la Directiva antes mencionada al Derecho interno.

Sin embargo todo ello no es bastante para desplazar el hecho de que la medida adoptada en el supuesto concreto se funda en norma con valor de Ley que regula la cuestión de modo exhaustivo y completo de forma que para la adecuada decisión del asunto habremos de examinar si la medida que se adoptó fue adecuada y proporcional a la situación creada o, si por el contrario, excedió de esas coordenadas, habida cuenta de las circunstancias concurrentes, y, como entendió la Sentencia de instancia, no fue conforme a Derecho.

En primer término destaca el precepto que es preciso que "exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud" de modo que en caso de concurrir esas circunstancias podrán adoptarse todas o algunas de las medidas preventivas que enumera el precepto. Pero, es claro, también, que para ello es preciso que exista un riesgo inminente, o lo que es lo mismo que esté a punto de ocurrir, y que, además, sea extraordinario, y por tanto fuera de lo ordinario, o, en este sentido, grave para la salud de los ciudadanos consumidores de esos aceites.

Es decir de concurrir esas circunstancias la medida sería adecuada proporcionada y oportuna. Para dilucidar si en el supuesto se concitaban esos dos requisitos indispensables se hace preciso examinar la fundamentación de la decisión y la prueba que obra en las actuaciones, hechos que fueron determinantes en la conclusión que obtuvo la Sentencia.

En definitiva estamos planteando ya una cuestión esencial en el recurso de casación como es la relativa a la valoración de la prueba por el Tribunal de instancia, puesto que a ella se refirió la Sala en el fundamento de Derecho tercero inclinándose tras su valoración conjunta por la anulación de la decisión por la que se aconsejó la inmovilización cautelar y transitoria del aceite de orujo refinado y de oliva y el aceite de orujo de oliva. Valoración que es competencia única y exclusiva de la Sala sentenciadora, y que sólo este Tribunal Supremo podría revisar si se alegase, lo que no ocurrió en este supuesto, que las conclusiones obtenidas por la Sentencia fueran arbitrarias, carentes de lógica o no racionales.

Por el contrario la decisión en el primero de sus párrafos tras afirmar que "se ha detectado la presencia de hidrocarburos aromáticos policíclicos (HAP), entre ellos alfa-benzopireno o 3,4 "benzopireno, en aceites de orujo de



Recurso Nº: 10820/2004

aceituna" añade que "los mencionados compuestos se **presentan**, al parecer sistemáticamente, como consecuencia de una **determinada** práctica tecnológica, en unas concentraciones tales que, **aun tras** el proceso de refinado, pueden entrañar riesgos para la salud humana". Es decir, ahí se afirma, en primer término, que existen en esos aceites los HAP y que los mismos se encuentran en ellos en concentraciones **tales que pueden** entrañar riesgos para la salud humana. Riesgos que no se afirma sean inminentes ni desde luego extraordinarios en el sentido antes expuestos de graves.

Posteriormente explica la resolución que esos compuestos "hidrocarburos aromáticos policíclicos (HAP), entre ellos **alfa-benzopireno** o 3,4 "benzopireno" son sustancias de toxicidad bien documentada (carcinogenicidad, genotoxicidad, inmunotoxicidad **constatadas** en animales) y agrega que no se ha podido establecer para ellos "un nivel de ingesta seguro" por lo que el JECFA (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.- Vol. 32, last updated abril 1998) y finalmente afirma "pudiendo **entrañar** su consumo un peligro grave, aunque no inmediato, para la salud humana".

La Sentencia recurrida a la vista de esa exposición tuvo por insuficiente la motivación de la misma, y juzgó que con esos **datos basados**, además, en informes de diez años antes de la OMS, no existía **razón** que justificase una medida tan drástica, puesto que no existía riesgo **inminente** y extraordinario para la salud. Y reforzó su convicción analizando la **prueba** pericial existente en los autos de la que destacó: "los niveles de contaminación detectados en los diferentes ámbitos, incluidos los alimentos, hoy **en día** se mantiene por debajo de las dosis supuestamente nocivas para la salud. Quizás sea por esta razón que la mayoría de los países europeos, **incluidos** España, no dispusieran de la legislación regulatoria **pertinente** para determinados alimentos como el aceite de orujo, antes de la **detección** de partidas de este aceite con niveles más elevados de lo habitual y **concluye** que "el posible efecto nocivo de los PAHs no radica en la ingestión **ocasional** de una dosis anormalmente alta, sino en la ingestión **continuada** de una dosis nociva durante meses".

Sin que sea desdeñable el argumento **utilizado** también por la Sentencia en el sentido de que la Administración, el **mismo** mes en que decidió adoptar las medidas preventivas de inmovilización **cautelar** y transitoria de los aceites citados, publicase la Orden fechada el día 25 de ese mes y año, por la que se establecían los límites de determinados **hidrocarburos** aromáticos



Recurso Nº: 10820/2004

policíclicos en el aceite de orujo de oliva y en concreto del detectado Benzo (a) pireno señalando los límites que no podrían sobrepasarse así como los métodos de análisis a utilizar para su detección.

En consecuencia el motivo debe rechazarse.

SEXTO.- Al desestimarse el recurso procede de conformidad con lo prevenido en el art. 139.2 hacer expresa condena en costas a la Administración demandada si bien la Sala haciendo uso de la facultad que le otorga el núm. 3 del precepto citado señala como cifra máxima que en concepto de honorarios de abogado podrá incluirse en la tasación de costas la suma tres mil euros. (3.000 €).

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD

EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN

FALLAMOS

No ha lugar al recurso extraordinario de casación núm. 10.820/2004 interpuesto por el Sr. Abogado del Estado en la representación procesal que por Ley tiene conferida de la Administración General del Estado frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, Sección Octava, de veinte de octubre de dos mil cuatro, que estimó el recurso contencioso administrativo núm. 912/2002, interpuesto por la representación procesal de la Asociación Española de Industrias y Comercio Exportador de Aceite de Oliva, (ASOLIVA), contra la desestimación presunta del recurso de alzada deducido contra la Resolución de la Dirección General de Salud Pública y Consumo del Ministerio de Sanidad y Consumo de tres de julio de dos mil uno, por la que se puso en marcha la Red de Alerta Alimentaria en relación a los aceites de orujo de aceituna y se aconsejaba la inmovilización cautelar y transitoria de los productos que se comercializaban bajo las denominaciones "aceite de orujo refinado y de oliva" y "aceite de orujo de oliva" quedando condicionado el levantamiento de dicha medida a la ausencia de hidrocarburos aromáticos policíclicos (HAP) en límite superior a 1 ppb, que confirmamos, y todo ello con expresa condena en costas a la Administración recurrente con el límite establecido en el fundamento de Derecho sexto de esta resolución.



Recurso N°: 10820/2004

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Don Santiago Martínez-Vares García, Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo el mismo día de la fecha, de lo que como Secretario doy fe.