



Roj: STSJ GAL

Id Cendoj:

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**Sede: **Coruña (A)**Sección: **1**Fecha: **2019**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente:

Tipo de Resolución: **Sentencia****T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.1****A CORUÑA****SENTENCIA:****Ponente:****Recurso: Procedimiento Ordinario número**

Recurrente: SA

Demandada: Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social

EN NOMBRE DEL REY

La Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la

SENTENCIA**Ilms. Srs. Magistrado/as**

En la ciudad de A Coruña, a 2019.

El recurso contencioso-administrativo que con el número de esta Sala, ha sido interpuesto por , representado por la procuradora Doña Elena y asistido del letrado Don Carlos , contra resolución de 2018 del Secretario General de Sanidad y Consumo del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, sobre rechazo importación producto de pesca. Es parte demandada el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, representado y asistido del abogado del Estado.

Es ponente la Ilma. Sra. Doña María

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Admitido a trámite el presente recurso contencioso administrativo, se practicaron las diligencias oportunas y, recibido el expediente, se dio traslado del mismo a la parte recurrente para deducir la oportuna demanda, lo que se hizo por medio de escrito en el que, en síntesis, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que se estimaron pertinentes, se acabó suplicando que se dictase sentencia por la que se estimase la demanda en todos sus extremos.



SEGUNDO.- Conferido traslado a la parte demandada, se solicitó la desestimación del recurso, de conformidad con los hechos y fundamentos de derecho consignados en la contestación de la demanda.

TERCERO.- Habiéndose recibido el recurso a prueba y practicada ésta según obra en autos, y declarado concluso el debate escrito, quedaron las actuaciones sobre la mesa para resolver.

CUARTO.- en la sustanciación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo la cuantía del mismo indeterminada.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Objeto del Procedimiento y Alegaciones de las partes.

En el presente caso la parte recurrente, interpone Recurso contra la Resolución de 2.018 del Secretario General de Sanidad y Consumo del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, por la que se desestima el Recurso de Alzada interpuesto por , S.A", contra la resolución de rechazo sanitario de una partida de pota congelada, procedente de Argentina, dictada por el Servicio de Sanidad Exterior de Vigo.

Interesa la parte actora la estimación del recurso alegando que: "..., La inspección llevada a cabo en el PIF y que ha determinado el rechazo no se ha ajustado a las previsiones del Real Decreto 1.977/1.999, de 23 de diciembre, por el que se establecen los principios relativos a la organización de los controles veterinarios sobre los productos procedentes de países terceros,.., ni al Artículo 4 del Real Decreto 1977/1999, relativo a los tipos de control a los que se someten los productos procedentes de terceros países,.., A tenor de lo expuesto en el anexo IV, una de las actuaciones que integra el control físico es la inspección de una serie de embalajes de la partida para proceder a realizar a exámenes organolépticos, pruebas físico-químicas y análisis de laboratorio (téngase en cuenta que en relación con las pruebas anteriores, la norma emplea la conjunción copulativa y, lo que determina que todos ellos sean exigibles y que, por tanto, haya que ejecutar todos ellos). Para ello habrá que tomar las muestras correspondientes en los términos en que dispone el anexo, Asimismo, la indicada toma de muestras y las pruebas físico-químicas y análisis de laboratorio que integran el control físico no deben confundirse con las pruebas de laboratorio in situ y toma de muestras oficiales para su análisis, que se realizará únicamente con las frecuencias que se determinen por la normativa comunitaria o, en su defecto, nacional, a que alude el artículo 4.4 b) in fine del Real Decreto 1977/1.999. Ha de señalarse que esta parte nunca se refirió a esto último en su recurso de alzada, si bien la administración así lo ha entendido en un intento de tratar de confundir, pues es evidente que nuestro recurso se centró siempre en el contenido que ha de tener el control físico de conformidad con el anexo IV del citado Real Decreto,.., El motivo que ha justificado el rechazo según el apartado 36 es una higiene deficiente. Idéntico motivo se contiene en la resolución de rechazo, si bien especificándose que el rechazo se fundamenta en que el producto presenta un olor impropio. No consta que la partida haya sido sometida a pruebas físico-químicas y a análisis de laboratorio. Únicamente se ha sometido la partida a pruebas organolépticas, lo que supone claramente incumplir las determinaciones del anexo IV del Real Decreto en cuyo apartado 5 se indica claramente que las muestras que se tomen del producto se someterán a exámenes organolépticos, pruebas físico-químicas y análisis de laboratorio,.., En consecuencia, el procedimiento seguido para acordar el rechazo frente al que ahora se recurre no se ha ajustado a las previsiones del Real Decreto 1.977/1.999 siendo manifiestamente insuficientes las actuaciones llevados a cabo por el PIF para determinar si la partida era apta o no para el consumo humano que es la finalidad perseguida con los controles veterinarios,.., El hecho de que se haya prescindido de las prueba físico-químicas y de los análisis de laboratorio determina que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido lo que convierte a la resolución recurrida en nula de pleno derecho al amparo del artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015 o, en su caso, anulable de conformidad con el artículo 48 de la misma norma. En consecuencia, el presente recurso ha de ser estimado anulando la resolución recurrida y declarando que la resolución de rechazo fue contraria a derecho,.., En el antecedente de hecho primero de la resolución que ahora se recurre se reconoce expresamente que se tomaron muestras de la partida rechazada en dos ocasiones,.., dicha toma de muestras no se ajustó al procedimiento legalmente establecido en el Real Decreto 1945/1.983,.., La negativa a facilitar muestras a , S.A. pese a haber sido solicitadas vulnera de forma flagrante la normativa de aplicación,.., en lo que se refiere al derecho del titular de la partida de obtener muestras para someterlas a análisis contradictorios, en un primer orden de consideraciones debemos señalar que el artículo 1 del Reglamento (CE) nº 854/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, por el que se establecen normas específicas para la organización de controles oficiales de los productos de origen animal destinados al consumo humano, dispone expresamente la aplicación del Reglamento nº 882/2004,.., En consecuencia, se dan los requisitos establecidos en la norma toda vez que consta que la partida ha sido sometida a un análisis organoléptico para cuya realización se han tenido que tomar muestras y ser sometidas a análisis. Ergo si se han tomado muestras, existe el derecho a que se someta a un análisis contradictorio,.., lo que determina que la negativa a ello sea anulable al amparo del



artículo 48 de la Ley 39/2015. Es cierto que reexpedida la mercancía se ha perdido la posibilidad de realizar un contranálisis. Ahora bien, es de interés de esta parte que se declare por el tribunal que dicha práctica es contraria a derecho al ser habitual en los PIF. En relación con las costas, la Sala a la que tenemos el honor de dirigirnos resolverá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA "... Solicitando en definitiva la parte recurrente que se estime el recurso y se dicte Sentencia por la que se ordene la anulación de la resolución de octubre de 2018 del Secretario General de Sanidad y Consumo del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto por [redacted], S.A. contra la resolución de rechazo sanitario de una partida de pota congelada (*Illex spp*) procedente de Argentina, dictada por el Servicio de Sanidad Exterior de Vigo, todo ello con expresa condena en costas."

Por su parte la Administración demandada, interesa la desestimación del recurso alegando: "...En lo que respecta a la justificación del rechazo acordado por la Administración, el art. 4.4 del Real Decreto 1977/1999, por el que se establecen los principios de organización de los controles veterinarios sobre productos procedentes de países terceros prevé que "dichos controles deberán realizarse con arreglo a los criterios definidos en el Anexo IV". Dicho Anexo se refiere a los controles documental, de identidad y físico.. Esta es una de las cuestiones en que el recurrente no está de acuerdo con la Administración: entiende que los medios de control físico han de ser todos los citados de forma cumulativa. Es de ver que en esa parte del anexo no se utiliza conjunción copulativa ("y"), sino que, en atención al caso el examen puede ser de alguno de los tipos que se indican y que de hecho parecen graduarse,..., Ello se refrenda por el artículo 2.19 del Reglamento 882/2004, de 29 de abril, al definir el control físico,..., Además de lo dicho, el demandante, que se dedica al sector, sabe perfectamente que el control no puede agotarse en cada partida con la realización de todos los exámenes que ahí se indican, de forma cumulativa, pues ni esa es la forma habitual de proceder ni tendría sentido proceder de tal modo ni se podría disponer de medios suficientes para el análisis laboratorial de todas las mercancías, solo preciso en ciertos casos según las circunstancias del mismo y a discreción del titular del servicio de control -especialmente cuando se tratan de productos, como la pota y todos los pesqueros, en que no hay regulación específica con parámetros determinantes de unas características organolépticas concretas, que podrían justificar un análisis de su cumplimiento-. Y lo sabe bien porque normalmente no tiene problemas en estos controles físicos. En efecto, en el documento Escrito petición de actas [redacted] de 2.018 se recoge por el Jefe de Servicio de Sanidad Exterior que "Como ejemplo de lo dicho, se puede comprobar que 3 expedientes de [redacted] cercanos en el tiempo al expediente del asunto (NUM000, NUM001 y NUM002) y con el mismo producto y origen fueron inspeccionados por el abajo firmante, con controles físicos similares a los descritos anteriores. Con la diferencia que dichos controles se hicieron sobre un porcentaje menor de mercancía y no tan exhaustivo, al no detectarse inicialmente ninguna alteración de la misma." No nos imaginamos a [redacted] alegando para casos en que no se rechaza su mercancía, que exija que los controles físicos a que deben someterse las mismas son todos en todo caso: examen organoléptico o sensorial, prueba físico química simple y además determinaciones de laboratorio,..., ni los protocolos o procedimientos de la Subdirección ni la propia normativa vigente sobre controles veterinarios para productos procedentes de terceros países terceros, recogen que se tenga que levantar un acta para este tipo de actuaciones, tampoco el Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio. Sólo se contempla en punto 8 el anexo IV del Real Decreto 1977/1999, de 23 de diciembre,..., En ningún momento se establece que se tenga que expedir un acta de inspección o cualquier otro documento. En presente caso se emitió el correspondiente Documento de Control Veterinario (DVCE) junto con la notificación del rechazo en la que se indica el motivo del rechazo y la base legal del mismo, y ambos se entregaron al interesado en la carga,..., Cuestión distinta, es que en el control físico se realice una toma de muestra oficial para realizar análisis laboratoriales (caso totalmente diferente al que nos ocupa), en cuyo caso se levantaría el correspondiente acta formalizada tal como establece el artículo 15 del Real decreto 1945/1983, de 22 de junio, y se seguiría lo dispuesto en el artículo 11 del Reglamento 882/2004, de 29 de abril "..., No negamos que esta normativa deja un amplio margen de discrecionalidad para la Administración, favoreciendo, en caso de aparecer elementos objetivos, que pueda evitar todo riesgo para la salud pública que pueda derivar del producto importado, dada la importancia del adecuado funcionamiento de su función preventiva,..., En lo demás, a fin de evitar reiteraciones innecesarias, nos remitimos a los acertados fundamentos de la resolución impugnada y restante documentación obrante en el expediente....., Solicitando en definitiva la Administración demandada, la desestimación del recurso interpuesto con imposición de costas a la parte recurrente".

En el presente procedimiento consta como prueba la documental obrante en los autos y el Expediente administrativo.

SEGUNDO.- Relación de hechos relevantes en el presente caso.

Del Expediente administrativo, especialmente del Acta de inspección, de la documental aportada y las alegaciones de las partes, resultan acreditados los siguientes hechos:



1º.- El miércoles de 2.018, se posiciona en el Puesto de Inspección Fronterizo de Vigo (PIF) tras haber sido satisfactorio el previo control documental al que se somete la siguiente partida: N° expediente TRACES NUM003 N° de referencia local NUM004 *Producto: Pota entera (Illex) N° de bultos* *Peso neto*
Exportador *Importador* *País de origen Argentina.*

2º.- El jueves julio de 2.018 se procede a la apertura del contenedor que contiene la partida en presencia del interesado en la carga " S.L", y por parte del Técnico de inspección D. , se detecta un fuerte olor similar a combustible, tanto en la mercancía como en los plásticos que lo envuelven. Se comunica ese hecho al Inspector D. que procede a realizar un control físico de la mercancía, tal como se refiere en el informe que obra a los folios 15 y siguientes del expediente.

3º.- El referido Informe expresa: *"... Se ordena al personal de TERMAVI que lleven 10 bolsas de diferentes partes del contenedor a la sala de inspección, donde se procede a cortar de todas ellas unos trozos para proceder tanto a su descongelación en microondas como a sumergirlos en agua caliente. El olor se sigue apreciando tanto en los descongelados en el microondas como en los sumergidos en el agua, pero sobre todo se aprecia en los plásticos que envuelven el producto, en algunas de las bolsas llegaba a ser mareante (al menos para este inspector,..."*

4º.- Posteriormente, se indica al personal de TERMAVI que proceda a recoger otras 10 bolsas, también de diferentes partes del contenedor y que se corten de todas ellas unos trozos de los bloques de pota y se introduzcan en bolsas de plásticos cerradas para su descongelación en la cámara de refrigeración y poder valorar al día siguiente el olor de las mismas.

5º.- Ese hecho se comunicó al interesado, a " ", en concreto a D. , quien además pudo comprobar dentro de sala de inspección del PIF, la cantidad de mercancía solicitada para llevar a cabo la valoración del producto. El interesado se niega a oler el producto, alegando que ya conoce ese olor.

6º.- El viernes, de julio de 2.018 en el turno de tarde se lleva a cabo la inspección de estas bolsas, al abrir las mismas se seguía percibiendo el olor indicado.

7º.- El lunes de julio de 2.018 se comunica a " ", los hallazgos de la inspección y se le comunica que se va a proceder a declarar la mercancía como no apta. Al mismo tiempo, se le indica que si quieren pueden posicionar el contenedor para que pueda ser inspeccionado y valorado por el importador/interesado en la carga lo pueden hacer, previa solicitud, con la finalidad de no afectar al normal funcionamiento del PIF.

8º.- El miércoles de julio de 2.018 se posiciona de nuevo el contenedor en el PIF, y de esta actuación se levantó el acta correspondiente (páginas 29 y 30 del expediente). Antes de abrir el mismo, se explica tanto a D. (representante de " ") como a D. (" ") la inspección llevada a cabo los días anteriores así como los hallazgos de dicha inspección.

9º.- En ese Acta se refleja que al abrir el contenedor se sigue percibiendo el olor descrito, y también se refleja que D. no aprecia el mencionado olor y solicita el poder retirar unas muestras para llevar a cabo un análisis laboratorial en un laboratorio externo, en base al artículo 11 del Reglamento 882/2.004.

Se refleja igualmente que el representante de la empresa *no solicita llevar unas muestras a la sala de inspección para hacer una valoración sensorial del producto, y no solicita producto de diferentes partes del contenedor para comprobar el olor; sorprendentemente tiene que ser este inspector el que le indica que por favor se acerque y huela el producto.*

10º.- En el Informe anteriormente referido se refiere también que *al preguntarle sobre que parámetros desea realizar el análisis laboratorial, indica que sobre aquellos que le den la aptitud para consumo humano, sin precisar si son físicos, químicos o microbiológicos, etc. Ante esta petición, se le recuerda que el rechazo se debe a una alteración de las características organolépticas del producto (olor) y no por una analítica desfavorable en cuyo caso ya tendría en su poder las correspondientes muestras contradictorias. Se le indica que no procede su petición puesto que no se dan las circunstancias recogidas en el punto 5 del artículo 11 del Reglamento 882/2004, de 29 de abril . En este sentido, se le recuerda la Resolución del Secretario General de Sanidad y Consumo sobre el recurso anterior por los mismos motivos.*

11º.- En el Documento Veterinario Común de Entrada (DVCE), que consta en la ampliación del expediente, se consigna que la partida no ha superado el control físico (casilla 28), y se indica que no ha sido sometida a pruebas de laboratorio (casilla 29). En la casilla 36 se consigna como motivos del rechazo una higiene deficiente. En la notificación del rechazo, se hace constar la misma causa (higiene deficiente), indicando que el motivo exacto del rechazo es el siguiente: Análisis organoléptico desfavorable (olor impropio).

12º.- Ese mismo día, de 2.018 se procede al rechazo de la mercancía por los motivos expuestos.



13º.- La empresa recurrente, reiteró la solicitud de muestras de la partida, solicitud que no obtuvo respuesta expresa.

14º.- La empresa recurrente interpuso Recurso de Alzada contra la resolución que acuerda el rechazo, que fue desestimado por Resolución de fecha de octubre de 2.018 del Secretario General de Sanidad y Consumo del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social. Esa resolución ha sido recurrida en vía judicial, recurso que se resuelve en la presente resolución.

15º.- La partida fue reexpedida a origen, esto es a Argentina, mostrando su conformidad la empresa recurrente con esa decisión.

TERCERO.- Análisis de las alegaciones de la parte recurrente.

La empresa recurrente alega sustancialmente la concurrencia de causa de nulidad y/o subsidiariamente anulabilidad de las resoluciones recurridas, alegando *defectos sustanciales en la tramitación del procedimiento, al no permitirse a la empresa recurrente obtener muestras y al no realizarse un acta de la obtención de muestras de conformidad con las disposiciones legales de aplicación al presente caso, así como que el control organoléptico es insuficiente para acordar el rechazo de la mercancía.*

En este caso, procede analizar varias cuestiones, la primera relativa al procedimiento seguido por la Administración demandada, la segunda relativa a la exigencia de un acta y la tercera relativa a la negativa de la Administración a facilitar muestras a la parte recurrente.

En cuanto al procedimiento seguido por la Administración demandada, de conformidad con las disposiciones legales, **Real Decreto 1977/1999, de 23 de diciembre, por el que se establecen los principios relativos a la organización de los controles veterinarios sobre los productos procedentes de países terceros, y la Ley 17/2.011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición**, ningún reproche cabe realizar a la parte demandada en cuanto a la forma en que procedió, tras constatar mediante control organoléptico la presencia de un fuerte olor en el contenedor.

No ha de olvidarse la obligación de la Administración de velar por la seguridad de todos los ciudadanos y de adoptar las medidas que sean necesarias para garantizar esa seguridad, en cuanto al control de los alimentos que pretendan introducirse en territorio español.

Así, la Administración al constatar, primero a través de un técnico de Inspección, y después a través del Inspector, la existencia de un olor extraño que nada tiene que ver con la carga del contenedor, adopta la decisión correcta que es la de poner este hecho en conocimiento de los interesados en esa carga.

Asimismo, es correcta la decisión de obtener muestras de la carga, a presencia del veterinario oficial y la de realizar las pruebas "in situ". Igualmente resulta correcta la decisión de comunicar nuevamente ese hecho a la empresa interesada en la carga, y de proceder a realizar un segundo posicionamiento del contenedor, el 11 de julio de 2.018, convocando para ello a la empresa recurrente.

En definitiva, en lo que respecta al procedimiento seguido por la Administración actuante, se concluye que es correcto y adecuado a la normativa de aplicación, no concurriendo en la actuación de la Administración ninguna causa de nulidad y/o anulabilidad en cuanto a ese extremo.

La segunda cuestión que debe analizarse es la relativa a las alegaciones de la parte recurrente respecto a la vulneración de normas legales en cuanto a la inexistencia de acta de recogida y a la negativa a obtener muestras.

La primera de las alegaciones no puede ser acogida, toda vez que, en el Acta de inspección relativa al segundo posicionamiento del contenedor se recoge expresamente que, el jueves de julio de 2.018 se procede a la apertura del contenedor que contiene la partida en presencia del interesado en la carga S.L., y que *Se ordena al personal de TERMAVI que lleven 10 bolsas de diferentes partes del contenedor a la sala de inspección, donde se procede a cortar de todas ellas unos trozos para proceder tanto a u descongelación en microondas como a sumergirlos en agua caliente. El olor se sigue apreciando tanto en los descongelados en el microondas como en los sumergidos en el agua, pero sobre todo se aprecia en los plásticos que envuelven el producto, en algunas de las bolsas llegaba a ser mareante (al menos para este inspector,..."*

Se recoge igualmente en el acta que posteriormente, *se indica al personal de TERMAVI que proceda a recoger otras 10 bolsas, también de diferentes partes del contenedor y que se corten de todas ellas unos trozos de los bloques de pota y se introduzcan en bolsas de prácticos cerradas para su descongelación en la cámara de refrigeración y poder valorar al día siguiente el olor de las mismas.*

Asimismo, se rechaza esa alegación toda vez que esos hechos fueron comunicados al interesado, a " ", y el lunes de julio de 2.018 se comunica a " ", los hallazgos de la inspección y se le comunica que se va a proceder a declarar la mercancía como no apta. Lógicamente, no existe acta de



obtención de muestras del día que se procedió a realizar el segundo posicionamiento del contenedor, toda vez que esa petición fue denegada. Esa denegación será analizada a continuación, pero en lo que respecta a la alegación relativa a que no existe acta relativa a la obtención de muestras, procede la desestimación de dicha alegación.

En lo que respecta a la negativa de la Administración a facilitar a la empresa recurrente muestras para proceder a un análisis en laboratorio independiente, no puede compartirse la decisión de la Administración demandada, de conformidad con la normativa de aplicación, por las razones que a continuación se exponen.

Debe recordarse que la Administración demandada denegó la solicitud realizada por el representante de la empresa, alegando que *no concurre el supuesto previsto en el punto 5 del Artículo 11 del Reglamento 882/2.004 de 29 de abril*.

Ha de recordarse que el **punto 5 del Artículo 11 del REGLAMENTO (CE) N° 882/2004 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 29 de abril de 2.004 sobre los controles oficiales efectuados para garantizar la verificación del cumplimiento de la legislación en materia de piensos y alimentos y la normativa sobre salud animal y bienestar de los animales**, dispone: *"... 5. Las autoridades competentes establecerán los procedimientos adecuados para garantizar el derecho de los explotadores de empresas alimentarias y de piensos cuyos productos sean sometidos a muestreo y análisis a solicitar un dictamen de expertos adicional sin perjuicio de la obligación de las autoridades competentes de actuar sin demora en caso de emergencia"*.

En el presente caso, como se refiere expresamente en el Acta de inspección relativa al segundo posicionamiento del contenedor, realizado el de 2.018, se hace constar que la Administración, en los días inmediatamente anteriores a esa fecha, procedió a obtener muestras de diferentes partes del contenedor, en concreto *10 bolsas de diferentes partes del contenedor*, que fueron llevadas a la sala de inspección, donde se procede a cortar de todas ellas unos trozos para proceder tanto a u descongelación en microondas como a sumergirlos en agua caliente.

Se recoge igualmente en el acta que *se indica al personal de TERMAVI que proceda a recoger otras 10 bolsas, también de diferentes partes del contenedor y que se corten de todas ellas unos trozos de los bloques de pota y se introduzcan en bolsas de prácticos cerradas para su descongelación en la cámara de refrigeración y poder valorar al día siguiente el olor de las mismas*.

En definitiva, sí se procedió a un muestreo de diferentes partes del contenedor, y no sólo se realizó control organoléptico, sino que se procedió a introducir las en microondas y en agua caliente para descongelarlas.

Por ello, al existir el muestreo, como refiere el precepto señalado por la Administración debe atenderse a que *Las autoridades competentes establecerán los procedimientos adecuados para garantizar el derecho de los explotadores de empresas alimentarias y de piensos cuyos productos sean sometidos a muestreo*.

En ese sentido, debe recordarse que el **Real Decreto 1977/1999, de 23 de diciembre, por el que se establecen los principios relativos a la organización de los controles veterinarios sobre los productos procedentes de países terceros**, dispone:

Artículo 4. Tipos de controles: " 1. Cada partida de productos procedente de países terceros será sometida en el PIF a los controles veterinarios efectuados por el personal situado bajo la responsabilidad del veterinario oficial, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo b) del apartado 1 del artículo 6 del presente Real Decreto. 2. A partir de la información comunicada previamente a la llegada de cada partida, según se establece en el apartado 3 del artículo 3, el veterinario oficial consultará la base de datos relativa a las partidas que hayan sido rechazadas en otros PIF de la Comunidad, contemplada en el anexo I de la Decisión 92/438/CEE, del Consejo, de 13 de julio, sobre la informatización de los procedimientos veterinarios aplicables a la importación (proyecto SHIFT). En caso necesario y cuando la partida sea destinada a la importación en alguno de los territorios enumerados en el anexo I de este Real Decreto, el veterinario oficial consultará, además, las bases de datos relativas a los requisitos comunitarios y nacionales para la importación de productos, contemplada en el anexo II de la citada Decisión 92/438/CEE, del Consejo. El veterinario oficial del PIF velará para que se realicen las operaciones necesarias para el mantenimiento actualizado de las citadas bases de datos. 3. Cada partida, independientemente de su destino aduanero, será sometida a un control documental en el PIF, para comprobar: a) Que la información que aparece en los certificados o documentos veterinarios u otros documentos expedidos en el país tercero, se ajusta a la información previa comunicada por el interesado en la carga, según el apartado 3 del artículo 3 de este Real Decreto,..., 4. Salvo los casos específicos mencionados en los artículos 9 a 15 de este Real Decreto, el veterinario oficial realizará:

a) Un control de identidad de cada partida, para asegurarse que los datos que figuran en los certificados o documentos veterinarios u otros documentos que acompañan a las partidas, concuerdan con los productos...



b) *Un control físico de cada partida para: 1.º Asegurarse de que los productos cumplen con los requisitos de la legislación comunitaria o en su defecto nacional y se hallan en condiciones de ser utilizados para los fines que se especifiquen en el certificado o documento veterinario u otros documentos de acompañamiento. Dichos controles deberán efectuarse con arreglo a los criterios definidos en el anexo IV. 2.º Efectuar, según unas frecuencias que se determinarán por la normativa comunitaria, o en su defecto nacional: 1.ª Pruebas de laboratorio «in situ». 2.ª Toma de muestras oficiales para su análisis.»*

Del precepto referido vemos que el primer control que debe realizarse es el documental, que, en el caso que nos ocupa, se cumplía por el contenedor dirigido a la empresa recurrente.

Además de ese control, el precepto regula claramente que se hará un control físico de cada partida, dentro del cual se permite la toma de muestras oficiales para su análisis.

Asimismo, el **ANEXO IV del mismo Real Decreto 1977/1999, de 23 de diciembre**, dispone:

Control físico de los productos

"El control físico de los productos de origen animal tiene por objeto garantizar que el estado de los productos se ajusta al destino o uso mencionado en el certificado o documento veterinario de origen. Por lo tanto, hay que verificar las garantías de origen certificadas por el país tercero y confirmar que el transporte consecutivo no ha alterado dichas condiciones garantizadas, recurriendo a:

a) Exámenes organolépticos o sensoriales. b) Pruebas físico-químicas simples. c) Determinaciones de laboratorio centradas en la detección de residuos, agentes patógenos, contaminantes y pruebas de alteración. Sea cual fuere el tipo de producto, deberá procederse a las operaciones siguientes:...,5. Inspección de una serie de embalajes o, en el caso de productos a granel, de toma de muestras diferentes, para proceder a exámenes organolépticos, pruebas físico-químicas y análisis de laboratorio,...".

Es decir, el precepto legal referido establece expresamente la posibilidad de realizar pruebas de laboratorio "in situ" y la toma de muestras oficiales para su análisis. Asimismo el ANEXO IV al que hace referencia la propia Administración demandada establece también, no con carácter excluyente, la *Inspección de una serie de embalajes o, en el caso de productos a granel, de toma de muestras diferentes, para proceder a exámenes organolépticos, pruebas físico-químicas y análisis de laboratorio.*

La Administración demandada refiere que la parte recurrente, como ya hiciese en el recurso del año pasado, *confunde las muestras tomadas para la realización de pruebas de laboratorio "in situ" con las muestras tomadas para análisis laboratoriales supuestos contemplados en el artículo 4 del Real Decreto 1977/1.999.*

No se trata de comparar lo ocurrido en otro caso, que es objeto de otro recurso contencioso-administrativo distinto seguido también ante esta Sala y Sección, sino de determinar si, de conformidad con la normativa de aplicación la empresa recurrente tenía derecho a obtener unas muestras de la carga para proceder a su análisis.

No ha de olvidarse que la razón referida por la Administración demandada para acordar el rechazo del producto, es por el olor que desprendía la mercancía, a combustible, impropio del producto que contenía, pota congelada.

La Administración procedió a extraer muestras del contenido del contenedor, para realizar distintas pruebas en la Sala de inspección, por lo que, la empresa recurrente tenía derecho, de conformidad con la normativa de aplicación a obtener muestras para poder determinar el origen de ese mal olor. Debe desestimarse la alegación de la parte demandada respecto a que la empresa recurrente no ha exigido la obtención de muestras ni la realización de otros análisis en otros casos en que las mercancías enviadas a su nombre fueron aceptadas sin problema. Lógicamente, en aquellos casos en que no se produjo ningún rechazo no existe razón alguna para solicitar muestras ni la realización de otros análisis externos.

Se comprende el recelo de la Administración toda vez que no debe olvidarse que en este caso nos encontramos con un supuesto que incide directamente en una materia muy importante cual es la garantía y el control por parte de la Administración sobre los productos alimentarios que entran en territorio español, los cuales deben cumplir todas las condiciones legalmente establecidas cumplimiento que deviene imprescindible para garantizar y proteger la salud de los consumidores. Ninguna duda exista tampoco acerca de que la actuación llevada a cabo por la Administración tiene la finalidad de garantizar y preservar la salud de todos los ciudadanos. Sentado lo anterior, debe señalarse también que la actuación que lleve a cabo la Administración debe ajustarse a la normativa de aplicación, y que debe garantizarse también el derecho de las empresas a poder realizar análisis externos para determinar cuál era la causa, en este caso, del mal olor existente en el contenedor.



Podría entenderse la negativa de la Administración a entregar muestras a la empresa recurrente si se hubiese alegado la existencia de alguna razón de carácter sanitario, de seguridad alimentaria, o de peligro para la seguridad de los ciudadanos en relación con la mercancía, pero no se ha alegado ninguna.

Debe señalarse que, al margen de la constatación del mal olor, no se ha podido determinar la razón o la causa del mismo. Ciertamente es que la propia empresa recurrente solicitó el reenvío del contenedor a su lugar de origen, Argentina, lo que imposibilitó la toma de esas muestras, con posterioridad a la decisión de la Administración, pero lo cierto es también, en cuanto corresponde resolver a esta Sala, y en aplicación de la normativa de aplicación al caso, que sí debieron entregarse las muestras a la parte recurrente. Incluso podría haberse entregado a la empresa recurrente alguna de las muestras ya obtenidas por la Administración, en el caso de que no hubiesen sido utilizadas en su totalidad.

La propia Administración reconoce y así expresa, que, *tras detectar durante la apertura del contenedor un fuerte olor, se llevó a cabo un examen organoléptico de la mercancía, para lo cual se recogieron inicialmente 10 muestras de diferentes partes del contenedor seguidas de otras 10, también de diferentes partes del contenedor; y se procedió a la descongelación de las mismas tanto a temperatura ambiente como en microondas. Por lo tanto, la decisión de rechazo no sólo se fundamenta en la inspección inicial y sensorial del producto, sino en la realización de pruebas más específicas (cortado, cocción,...) que permitieron comprobar las (deficientes) condiciones de la mercancía.*

Es decir se realizaron otras pruebas para comprobar si persistía el mal olor, al margen de la mera constatación del mismo, evidenciado ya desde la apertura del contenedor y así se expresa en el Acta de inspección. Ciertamente es que todas las pruebas realizadas confirmaron la persistencia de ese olor impropio, pero precisamente por esa razón y de conformidad con la normativa de aplicación se concluye que debió aceptarse la petición de la parte recurrente.

Por todo lo anteriormente expuesto, procede necesariamente la estimación de la alegación de la parte recurrente respecto a la negativa de la Administración a facilitarle muestras, apreciando la concurrencia en esa negativa de causa de anulabilidad y, por ello, la estimación del Recurso interpuesto, anulando las resoluciones administrativas recurridas.

CUARTO.- Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el **Artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa**, pese a haberse estimado el recurso, se concluye que no procede la imposición de costas a ninguna de las partes, al considerar que el caso presentaba dudas en los términos contenidos en el precepto referido.

FALLAMOS

ESTIMAMOS el recurso interpuesto por la representación legal de " _____, S.A", *contra la resolución de _____ de 2018 del Secretario General de Sanidad y Consumo del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto por _____, S.A".* **contra la resolución de rechazo sanitario de una partida de pota congelada (*Illex spp*) procedente de Argentina, dictada por el Servicio de Sanidad Exterior de Vigo, ANULANDO las resoluciones recurridas, y, Todo ello, sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes.**

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella puede interponerse recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo o ante la Sala correspondiente de este Tribunal Superior de Justicia, siempre que se acredite interés casacional. Dicho recurso habrá de prepararse ante la Sala de instancia en el plazo de TREINTA días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, en escrito en el que se de cumplimiento a los requisitos del artículo 89 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Para admitir a trámite el recurso, al prepararse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal (_____), el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (BOE núm. 266 de 4/11/09); y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.