

Responsabilidad Extracontractual Del Estado Decomiso De Mercaderia Requisitos

JURISPRUDENCIA

Responsabilidad extracontractual del Estado. Decomiso de

mercadería. Requisitos Corresponde hacer lugar a la demanda interpuesta contra una Municipalidad y declarar la nulidad del decomiso y destrucción de mercadería ordenada, en tanto que se efectuó un inadecuado procedimiento de control de temperatura dentro del transporte frigorífico decomisado y, por otro lado, se omitió efectuar la debida constatación de la potencialidad de peligro para la salud de la población de los alimentos transportados.

ACUERDO N° 5. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintisiete días del mes de febrero del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, Doctores RICARDO TOMÁS KOHON y EVALDO DARÍO MOYA, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: ?SURFRIGO S.A. C/ MUNICIPALIDAD DE ZAPALA S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA?, Expte. 2860/09, en trámite por ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor RICARDO TOMÁS KOHON dijo: I.- Que, a fojas 182/205, se presenta Surfrigo SA, mediante apoderado, e interpone acción procesal administrativa contra la Municipalidad de Zapala, con la pretensión que sea anulada la resolución definitiva en su contra del Juzgado de Faltas del municipio demandado y, en consecuencia, le sean indemnizados los daños y perjuicios ocasionados. Con respecto a la pretensión resarcitoria, cuantifica en la suma de \$... la mercadería ilegalmente decomisada y también reclama los fletes perdidos, los gastos anexos (como viáticos del conductor y del encargado zonal de la empresa), las pérdidas por inmovilización arbitraria del transporte durante todo un día y demás rubros que surgirán y cuyo monto se determinará con la prueba a producirse, todo con sus respectivas costas e intereses, hasta la fecha de su efectivo pago y bajo apercibimiento de astreintes. Narra que un furgón térmico semiremolque de la empresa fue controlado, como era de práctica, en un taller especializado, a fin de asegurar el correcto funcionamiento y control de su sistema refrigerante y respectivo reloj indicador el día jueves 15 de enero de 2009. Así, continua, en la madrugada del día lunes 19 del mismo mes y año, fue cargado con diversos tipos de alimentos en las instalaciones especiales que a tal fin cuenta la empresa en la localidad de Plottier, superó el control de Funbapa, en cercanías de Cutral Có y después se estacionó en la calle, frente a las oficinas de Bromatología de la Municipalidad de Zapala, para que se efectuaran los controles correspondientes. Sostiene que dichos controles fueron realizados por personas carentes de la idoneidad necesaria, sin un profesional en la materia, utilizando instrumental ineficaz y procedimientos arbitrarios y violatorios de la normativa específica, con indumentaria inadecuada para la manipulación de alimentos, abriendo reiterada e indiscriminadamente las tres puertas del furgón, ocasionando con ello una alteración grosera y violenta de la atmósfera interior y que se propició el ingreso al interior del furgón de personas ajenas (testigos, fotógrafos, camarógrafos, periodistas, policías). Sigue reseñando que luego el Juez de Faltas dictó una resolución inmotivada determinando el decomiso y desnaturalización ?genéricamente? de numerosos productos, lo que se llevó a cabo referenciándose con los rótulos de los envases, sin mediciones particulares de cada uno de ellos (consta en acta notarial), comprendiendo mercaderías ajenas a la afectación térmica (como conservas o margarinas) lo que concluyó en el decomiso parcial de la carga, un 27% aproximadamente, que se trasladó en camiones descubiertos al basurero municipal, donde se procedió a su incineración precaria arrojándole un poco de combustible y encendiéndola, quedando sus restos a disposición de predadores y contaminando las napas. Dice que finalmente y pretendiendo evidentemente justificar las arbitrariedades e ilícitos descriptos, se dictó una última resolución validándolos y penalizando a la empresa en algo más de ... pesos. Afirma que la designación del Juez de Faltas, efectuada por el Concejo Deliberante con carácter de interina, resulta ilegal a la luz de la Carta Orgánica Municipal. También denuncia la incompatibilidad de funciones del Juez de Faltas, en tanto que simultáneamente actuaba como Conjuez Federal, designado por la Cámara Federal de General Roca. Cuestiona la imparcialidad del Juez, con base en que no se observó el artículo 160 de la Carta Orgánica Municipal, que prevé la designación de un fiscal que lleve adelante la investigación y formule los cargos, relevando al Juez de esa función. Señala que se violó el derecho de defensa en juicio al aplicarse una sanción gravísima, como la destrucción de la mercadería, sin darle previo traslado a la empresa, lo cual impidió además cualquier defensa basada en la aptitud de los productos. Añade que esa decisión significó un prejuzgamiento, por el cual el Juez debió haberse inhibido de dictar cualquier pronunciamiento posterior, sobre todo el definitivo. Manifiesta que es inconstitucional que el decomiso sea dispuesto por una autoridad administrativa, en tanto que considera necesario que tal orden emane del Poder Judicial. Dice que las Ordenanzas N° 59/92 y 257/93, aplicadas en el procedimiento para ordenar el decomiso y posteriormente la resolución final, no fueron publicadas en el Boletín Oficial y, por lo tanto, resultan inaplicables y su cumplimiento no es obligatorio para esa parte, conduciendo a la nulidad

tanto del decomiso como de la resolución que cerró el proceso. Argumenta que aun con relación a la citada normativa que el Juez aplicó, las resoluciones resultan incongruentes, contradictorias, ilógicas y por lo tanto sólo aparentemente motivadas. Explica que, contrariamente a lo establecido en el artículo 33 de la Ordenanza N° 59/92, el decomiso afectó derechos de terceros (los remitentes y receptores de la mercadería) y resultó una medida desproporcionada con respecto al monto de la multa, que ascendió a poco más de \$.... En el mismo sentido, señala que el Juez no fundamentó el peligro potencial para la población requerido por la norma para la destrucción de los alimentos. Sostiene que, sin haberse hecho controles de aptitud, no puede darse por acreditada dicha circunstancia solamente con una supuesta pérdida de frío. Cuestiona que el Juez haya arribado a la convicción necesaria para tener por demostrada la falta, en tanto que: las fotografías muestran el camión abierto de par en par y los termómetros ?de pinche? apoyados sobre el envoltorio, envase o cajas de los productos; el inspector municipal no se encontraba suficientemente calificado para su función y no expuso en las actas cómo podían coexistir las diferencias de temperatura que registró ni explicó ninguna anomalía en el equipo ni en la carga. Enfatiza que el inspector en su declaración admitió que: recién utilizó el termómetro ?de pinche? en forma debida, esto es, introduciéndolo dentro de la mercadería, cuando ya estaba todo el control alterado, al arribo del representante de la empresa; en la parte delantera del camión se transportaban helados sobre los cuales no manifestó objeciones; habitualmente los productos sospechados se intervienen y no se decomisan directamente; no hubo verificación alguna de la aptitud de la mercadería; la destrucción de los productos se produjo lisa y llanamente por orden del Juez de Faltas, y no le llamó la atención que el termómetro del furgón no mostrara las alteraciones que veía en el instrumental utilizado por él. Sostiene, sobre la base de un informe técnico que cita, que los termómetros tipo ?de pinche? utilizados por el inspector municipal no son aptos para medir la temperatura ambiente porque los resultados se alteran inmediatamente si la puerta se encuentra abierta. En el mismo sentido, dice que el Juez de Faltas omitió ponderar la diferencia esencial entre la temperatura del aire y la de los productos y, en su caso, para registrar la primera, los termómetros ?de pinche? deben ser dejados dentro del ambiente cerrado para que se estabilicen, aguardando fuera del mismo. Critica que el Juez haya asumido la presunción absoluta de que los productos debían preservarse permanentemente en la temperatura ambiente adecuada y distingue que ellos deben estar a la temperatura adecuada, porque cita ejemplos en los cuales los alimentos pueden estar a una temperatura ambiente superior y no perder sus aptitudes para el consumo. Así, reitera que era necesario analizar ese aspecto en forma previa a disponer la destrucción. Señala una contradicción entre las actas de inspección acerca de si el chofer carecía o no de libreta sanitaria. Se expone sobre los termómetros y procedimientos adecuados para medir las temperaturas del aire y de los productos, según el caso. Así, advierte que según las registraciones consignadas en las actas ?que igualmente califica de relativas y nada confiables? en el interior de la caja de carne las temperaturas variaban, pero eran muy inferiores a las medidas en la atmósfera del furgón (aún abierto). Afirma que si hubieran sido tomadas debidamente, con una sonda plana y mediante el procedimiento recomendado, en adecuado contacto entre dos o más cajas, la variación de 2°C hubiera podido demostrar, más que probablemente, que el producto estaba a la temperatura adecuada. Menciona que, según el Decreto 4238/68, la carne se faena adecuadamente a 5°C, medida en las partes profundas de la masa, no en la superficie del envase. Argumenta que los controles de la cadena de frío son meros indicadores, no de calidad ni aptitud, y por ello nunca pueden conducir a medidas extremas que requieren otras indagaciones. Insiste en que se debió haber intervenido la mercadería y analizado en un laboratorio adecuado, antes de determinar el destino de la misma. Indica que las conservas y margarinas destruidas no estaban afectadas, ni siquiera según las mediciones consignadas en las actas. Reprocha que las actas de procedimiento no den cuenta de la rotura de los precintos y la registración de que se correspondían con los consignados en la documentación, ya que la llegada de los precintos intactos a cada control asegura que no hubo manipulaciones en el trayecto, pero también que la temperatura del transporte no ha sido alterada por la apertura de sus puertas. Cita diferentes tramos de las actas de procedimiento, señalando lo que a su criterio resultan incongruencias y falsedades, como así también, sobreescritos justamente de los registros de temperatura, sin haber sido salvados. También califica de esencial a la omisión de consignar la hora de los distintos actos llevados a cabo, así como, la duración del procedimiento, lo cual considera relevante para establecer el tiempo que estuvo abierto el furgón. Apunta que el funcionario a cargo del procedimiento, Sr. Bascur, adolecía de incompetencia funcional manifiesta, por no acreditar idoneidad en bromatología, y debió haberse desempeñado bajo el contralor técnico de un profesional veterinario. Expone acerca del proceso de carga y separación de los distintos sectores (supercongelados, congelados, refrigerados, enfriados) con ?colchones? o ?cortinas? que permiten la transmisión del frío necesario entre sectores ?asegurando que siempre haya circulación de aire?, para que cada uno se mantenga a la temperatura adecuada. Concluye que, dado que el reloj externo indicador de temperatura marcaba -22°C, resulta imposible físicamente que puedan coexistir en el mismo furgón una temperatura anterior de veintidós grados bajo cero con una posterior de diez y nueve grados sobre cero, luego de varias horas de estar cerrado el vehículo y cuando ni siquiera antes de su precintado existieron dichos registros. En consecuencia, afirma que solamente la apertura y exposición del aire interior del furgón térmico a la alta temperatura del aire exterior infinitamente mayor y sumada a la ineficacia de los termómetros ?de pinche? y su mal uso, pudieron arrojar semejantes

diferencias. Dice que abona esa conclusión que el cuestionamiento de la inspección se produjo solamente en el último sector del furgón, el más próximo a la doble puerta trasera. Alega que ese razonamiento brinda una explicación lógica y racional para interpretar lo ocurrido y los datos consignados, como así también las diferencias entre las mediciones del interior del furgón y el interior de las cajas de algunos productos.

II.- A foja 218, por medio de la RI N° 52/10 se declara la admisión formal de la demanda.

III.- Efectuada la opción por el procedimiento ordinario (fojas 221/223), se corre traslado de la demanda. El Fiscal de Estado de la Provincia del Neuquén toma intervención a foja 234. Por su parte, la Municipalidad de Zapala contesta la demanda y solicita su rechazo, con costas (cfr. fojas 243/251). En esa presentación, la accionada cumple con la negativa de rigor y brinda sus argumentos. Afirma que el nombramiento interino para el cargo del Juez de Faltas fue aprobado de acuerdo a la normativa vigente, siendo que el Consejo de la Magistratura previsto en la Carta Orgánica aún no ha sido puesto en funcionamiento. Descarta que sea incompatible con el ejercicio de la función de Juez de Faltas, la calidad de Conjuez Federal del Dr. Bortolatto, ya que el artículo 34 de la Constitución Nacional no menciona a los magistrados de orden municipal. Sostiene que la orden de decomiso no violó el derecho de defensa ni configuró prejuzgamiento, en tanto el Juez de Faltas contaba con elementos suficientes para dictar esa medida y no podía dejar que la carga siguiera en viaje. Además, entiende que la destrucción de la mercadería era congruente con la magnitud de la falta, en tanto existía un peligro concreto para la salud de la comunidad. Señala que no se acreditó la falta de publicación de la Ordenanza N° 59/92, alegada por la accionante. Explica la importancia del mantenimiento de la cadena de frío de los alimentos y apunta que las actas y las tomas fotográficas dan cuenta de que la temperatura no era la adecuada. Aprecia que el Jefe de Inspectores Bascur es idóneo en su cargo, por haberlo obtenido por concurso, y su actuación en el procedimiento fue inobjetable. Añade que si se aplicara el criterio de la excelencia total e inabarcable para cada uno de los procedimientos, se llegaría al absurdo de tener que dejar pasar a camiones enteros sin realizar control alguno. Con relación a la calidad de los termómetros utilizados, cita los informes agregados a fojas 108 y 158 del expediente administrativo y concluye que resultaba más que suficiente para cumplir la finalidad de su uso. Comenta que, por la obstaculización del accionar de los inspectores de parte del chofer y el representante de la actora, fue necesaria una orden judicial para poder llevar adelante el procedimiento, lo cual no es habitual en condiciones normales o usuales. Manifiesta que, independientemente de las afirmaciones que pretenden dar a entender que el transporte reunía todas las condiciones técnicas, lo importante es que en el procedimiento, tanto las actas, inspectores y testigos determinaron lo contrario. Menciona que las actas se ajustan a los requisitos mínimos e indispensables para ser válidas, según lo normado en el artículo 58 de la Ordenanza N° 59/92. Niega que haya existido la apertura de puertas del furgón en la forma descripta, ni mucho menos que el tránsito incesante de inspectores y testigos haya podido viciar el procedimiento, sino que la realidad marcó la necesidad de que las puertas se hayan tenido que abrir mediando una orden judicial. Sostiene que, por más que la actora sostenga que el furgón registraba concretamente 22° bajo cero, el análisis no debe centrarse en dicha circunstancia, sino más bien en la forma en que estaban dispuestos los alimentos, que tal como surgen de las pruebas del expediente administrativo el camión se dividía en tres partes, la primera donde estaban los supercongelados (llenos hasta el tope máximo), en la segunda sección se encontraban los helados (a los que por la cantidad acumulada de alimentos llegaba aún menos frío) y en la tercera sección recién se encontraba el sector de las carnes, el cual sufría las consecuencias directas de la falta de frío. Arguye que si un alimento congelado se descongela, aunque sea parcialmente, o uno refrigerado deja de estarlo y aumenta su temperatura, su entorno se vuelve más favorable y por lo tanto la actividad microbiana se reanuda, aunque se vuelva a reducir la temperatura ¿la actividad se vuelve a inhibir?, la población de microorganismos será mucho mayor que antes del aumento de temperatura.

IV.- Se abrió la causa a prueba, a fojas 256/257, y se clausuró el período y se pusieron los autos a disposición de las partes para alegar, a foja 692. A fojas 701/705 hizo uso de dicha facultad la parte actora y, a fojas 706/711, hizo lo propio la demandada.

V.- A fojas 716/725 se expide el Fiscal del Cuerpo, opinando que corresponde admitir la demanda y, en consecuencia, declarar la nulidad del decomiso. Con respecto a las pretensiones indemnizatorias, dictamina que está probado el daño correspondiente al valor de la mercadería decomisada (cita fojas 18/54) y propone que se determine en la etapa de ejecución de sentencia. En cuanto a los demás rubros, entiende que no fueron acreditados.

VI.- A foja 727 se dicta la providencia de autos, la que encontrándose firme y consentida, coloca las actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

VII.- Ahora bien, el hecho que dio inicio a las actuaciones de la Justicia de Faltas de Zapala es la inspección realizada al transporte de la actora, el día 19 de enero de 2009, a las 10:30 horas, que quedara plasmada en las actas de procedimiento que lucen a fojas 2/7 del expediente N° 01-137, Folio N° 53, Tomo N° XII, Año 2009 (en adelante expediente administrativo). Allí se consignó que la mercadería transportada no estaba a la temperatura adecuada. Se verificó que en el sector de supercongelados era de 12, 14 y 16°C bajo cero. En la parte trasera del furgón, que contenía carne al vacío y fiambres, era de 19, 18 y 17°C, ante lo cual se midió el interior de la caja de carne al vacío, el cual arrojó 10; 9,3; 7,5 y 7,1°C. Así se destacó que, según los rótulos de los productos, la temperatura adecuada de la carne al vacío debía ser de -2°C a 2°C; mientras que los fiambres no debían superar los 8°C. Cabe mencionar que, según el informe meteorológico del

aeródromo de Zapala, ese día se registró una temperatura ambiental mínima de 15,3°C, a la 1:48 hs., y una máxima de 29,5°C, a las 19 horas (cfr. Fojas 98/99 del expediente administrativo). El inspector municipal Juan Roberto Bascur, que estuvo a cargo del procedimiento declaró en autos que: "... no había buen paso de frío de sector a sector, los espacios eran muy chicos, y en la parte de super congelados el espacio era muy chico para el paso del frío hacia lo congelado, teniendo en cuenta que el camión venía muy cargado en esa parte (...) Dice que se encontraba cada sector separado por una lona y la distribución venía de los super congelados a los congelados y de ahí pasaba a lo refrigerado, esto a través de un hueco aproximadamente de 40 por 40 centímetros o un poco más pero no más que eso, obstruida en la parte de super congelados por el exceso de carga? (ver a fojas 627/629). Si la insuficiente refrigeración se debió, como lo postula el inspector municipal, a la inadecuada disposición de los bultos dentro del furgón o a su sobrecarga, que impedían el paso del frío necesario para que el sector de refrigerados tuviera la temperatura requerida, ya con el paso de las horas entre el inicio del trayecto del transporte en la planta de Plottier y su control en la localidad de Zapala (dura tres horas y media, según el chofer, ver foja 318 vuelta), sería esperable que la temperatura del aire afuera y adentro de las cajas de cartón se hubiera uniformado. Mas esto no ocurrió, según las actas, ya que al momento de los controles todavía se registraban diferencias de alrededor de los 12°C. Veamos. En autos prestó declaración testimonial el veterinario del registro de SENASA (Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria), José María Alvarez, que se desempeñaba en el establecimiento de la actora y otorgó el correspondiente permiso de tránsito de la mercadería (cfr. foja 107). El médico veterinario describió el procedimiento de carga del camión. El testigo, entre otras cosas, refirió que: "Los vehículos deben salir y salen precintados obligatoriamente no pueden salir de otra manera (...) Se ingresa la mercadería al camión se distribuye por sectores de frío adelante contra el equipo de frío se ubican los productos congelados y súper congelados luego se coloca en forma inmediata los separadores o colchones habilitados para eso, que poseen dos conos, dos ventanas que pueden estar abiertas o cerradas para dejar pasar el frío al resto del camión. Luego una vez, concluida la carga se procede a realizar la carga de refrigerados que son productos que van el promedio es 5° hay una escala hasta 8° (...) Si bien todos los productos vienen con envase primario y secundario obligatoriamente van todos sobre pallet, no en contacto directo con el piso para la perfecta circulación del frío. Se controla con el termómetro de vástago o pincha carne o de punción en el núcleo térmico del producto, no es lo mismo en el centro de una mortadela que en el borde (...) Una vez corroborada la temperatura de los productos en forma directa y observando la distribución de la carga en forma correcta se cierran las puertas de carga? (fojas 352/353). Y añadió que: "Si el camión térmico está cerrado y con el equipo funcionando a 22 grados bajo cero le parece imposible que está a 19° en el otro extremo aun con los separadores? (foja 353). Cabe entonces consultar lo dictaminado por el ingeniero industrial con orientación mecánica Orlando Aníbal Audisio, quien fue el perito designado en autos para el estudio de termodinámica. El experto expuso el proceso natural que lleva a que las temperaturas tiendan a equilibrarse. Informó el profesional que: "En base a estas consideraciones y analizando que se inicia el proceso con el aire en el interior del vehículo a -20°C y una temperatura media exterior de +27°C, con la apertura total de las dos puertas posteriores (hacen una abertura equivalente a 6,25 m2), en el lapso de, aproximadamente, 30 minutos todo el interior del vehículo llega, por convección natural, a tener una temperatura media estimada de +20°C. En el caso de que el equipo se encontrase cargado, la uniformidad de temperatura insume un tiempo mayor a los 30 minutos evaluados para el aire; tiempo que está en función del tipo de producto que se encuentre depositado como carga del vehículo frigorífico y también del estado térmico (congelado o no) del mismo. Pero debe quedar bien en claro que el proceso de modificación de temperatura por convección natural de un producto implica un tiempo mucho mayor al que se determinó oportunamente para uniformizar la temperatura de una masa de aire dentro del vehículo frigorífico. Esto está directamente ligado a las características de cada producto almacenado y principalmente qué coeficiente de conductividad térmica que posee cada uno de ellos.? (cfr. foja 475 de la pericia en termodinámica). El inspector municipal que dirigió el procedimiento atribuyó la inadecuada refrigeración al escaso paso de aire permitido por los separadores térmicos utilizados para estratificar el furgón en tres sectores: supercongelados, congelados y refrigerados. Sin embargo, las opiniones profesionales recabadas en autos echan por tierra ese argumento. El consultor técnico de la actora, dijo que: "En el furgón peritado se comprobó que los separadores térmicos cumplían adecuadamente su función y el cerrado hermético del mismo funcionaba correctamente. Por lo tanto las diferencias de temperatura que constan en las actas solamente pueden ser el resultado de la apertura de las puertas del furgón y el ingreso inmediato de la alta temperatura exterior. En tanto no se abra el furgón, siendo autónomo el equipo de frío, la temperatura se mantendrá indefinidamente? (cfr. dictamen del técnico en refrigeración Carlos Alberto Piccinini, a foja 348). El perito oficial en termodinámica también fue consultado sobre las paredes aislantes utilizadas para sectorizar el furgón y expuso que: "... está constituido por material sintético de aceptables propiedades aislantes y, por su aspecto, es un producto que es de amplio uso industrial para este tipo de utilización: barrera térmica y/o aislante (...) Lo que sí fue factible de verificar in situ, es su comportamiento en cuanto a estratificar termodinámicamente dos ambientes dentro del vehículo frigorífico periciado. En su defecto fue factible armar la división del ambiente y proceder a la puesta en marcha del equipo compresor. A partir de esto y una vez

transcurrido el tiempo mínimo estimado para uniformizar temperaturas y estabilizar procesos, se verificó que la 'División Postiza o Portátil' realizada en el vehículo frigorífico utilizando elementos para tal fin y montado tal como se muestra en la fotografía N° 08 [se muestra el colchón separador con las aberturas para dejar pasar un frío dosificado], cumplía, dentro de las condiciones de ensayos practicadas, los requerimientos básicos necesarios. Es decir que se pudieron tener en el interior del vehículo frigorífico dos ambientes con temperaturas totalmente diferentes y equilibradas; por el lado anterior de la 'División Postiza' se tenía un ambiente con una temperatura muy por debajo del 0°C, y por el lado posterior de la 'División Postiza' se tenía un ambiente con una temperatura por encima pero próxima al 0°C? (cfr. foja 478). O sea que los separadores, con las aberturas que tenían, cumplían adecuadamente con la función de estratificar las temperaturas para que en el furgón hubiera tres sectores: supercongelados, congelados y refrigerados. Por lo tanto, a esta altura del análisis resulta necesario encontrar una explicación para las temperaturas registradas durante la inspección del camión y, en especial, para la ya destacada diferencia de alrededor de 12°C entre la temperatura del aire del camión y la del interior de las cajas de cartón en las que estaba contenida la carne al vacío, luego de transcurridas varias horas desde la carga del vehículo; mientras que el sector supercongelados registraba temperaturas entre 12 y 16°C bajo cero. Cabe aquí mencionar que, además de las actas de inspección, se ha aportado una filmación en la que se puede apreciar que en el aire dentro del furgón (con un termómetro apoyado sobre las cajas de carne) se registraba una temperatura de 20,5°C; mientras que adentro de las cajas de cartón, se observan registros de 7,8°C u 11,3°C (cfr. DVD reservado en autos). El consultor técnico de la actora brindó la siguiente explicación sobre la cuestión: '... al carecerse de un reloj patrón de comprobación, ambos registros [termómetro del vehículo y el del inspector] pueden mostrar alguna inexactitud, pues puede haber existido siempre una caída de temperatura al abrirse el furgón, puesto que la diferencia térmica del exterior con el interior era de 51°C. Y teniendo en cuenta los principios básicos de la termodinámica que dicen que frío 'es ausencia de calor' se comprende entonces que ha habido una caída brusca de temperatura en el interior del furgón debido a la ganancia de calor que se produjo. Que cuando el suscripto tuvo oportunidad de realizar una inspección técnica al vehículo en cuestión, identificado en el expediente, aparte de comprobar el óptimo funcionamiento del equipo de frío, el buen estado de las puertas (cierre hermético), al abrir una de las puertas se constató una caída abrupta de la temperatura, lo que sucede del mismo modo aunque en distinta proporción al abrir cualquier artefacto doméstico de enfriamiento como una heladera o un freezer; al cerrarla además se ingresa aire caliente que el sistema de enfriado debe extraer mediante su funcionamiento? (cfr. dictamen del técnico en refrigeración Carlos Alberto Piccinini, a foja 348). Coincidentemente, expuso el perito oficial en termodinámica que al abrir las puertas del vehículo frigorífico se inicia un intercambio de calor por convección natural entre la masa de aire externa con la masa de aire interna y la de los productos almacenados, proceso que se desarrolla hasta que todos los componentes encuentren la temperatura de equilibrio (cfr. foja 476). Por su parte, el médico veterinario especialista en seguridad alimentaria designado como perito oficial, dictaminó que: 'Las diferencias de temperatura informadas en actas, y expresadas en testimonios anexos, acta de escribano y peritajes especializados, inducen a plantear varias dudas sobre los resultados obtenidos? (cfr. foja 509, resaltado en el original). Y añadió que: 'En caso de contarse con instrumental como el que poseía el personal de inspección de la Municipalidad de Zapala, debe capacitarse al personal sobre procedimientos seguros para lecturas confiables y no objetables (especialmente cuando se mide temperatura ambiental, temperatura sobre superficie de continentes de alimentos, y temperatura dentro del propio alimento)? (ver a foja 510, resaltado en el original). Más adelante, el experto profundizó sobre el punto, consignando que: 'es muy difícil lograr la diferencia térmica detallada en actas, con una asimetría térmica tan elevada (casi 40°C) y las características de controles y especificaciones técnicas del transporte, salvo que se haya mantenido las puertas abiertas durante un lapso prolongado o que se haya fallado en el procedimiento de toma de temperatura, con los termómetros utilizados (...) Si se utiliza solamente un termómetro tipo 'pinchacarne', no se recomienda para el control del aire aceptándose la medición del termómetro de lectura externa que posee el camión. Se puede utilizar el termómetro tipo 'pinchacarne' para la medición de temperatura de los continentes del producto, pero no debe efectuarse como en el procedimiento, es decir apoyando sobre la superficie superior de la caja exterior (o envase secundario), sino apoyando el vástago comprimiéndolo entre dos cajas por algunos minutos (la mayor superficie de contacto posible para una lectura más aceptable). El procedimiento correcto es hacer la toma de temperatura de superficie dentro de la caja o envase secundario, entre dos bolas o envases primarios de la carne (bolsas de carne envasada al vacío). Pero reitero, lo ideal es tomar la temperatura ambiente o de superficie externa, con una sonda de superficie chata que otorgará un control térmico realista? (cfr. fojas 525/526, resaltado y subrayado en el original). Y puntualizó que: 'En todos los casos, se debe utilizar la técnica de toma estando el sensor estabilizado y dentro de un ambiente estable de medición. Esto se indica porque hay una altísima velocidad de respuesta a los cambios de temperatura (2 segundos), por lo que si se produce alguna desestabilización del ambiente (Ej. apertura de puertas), la lectura ya no es representativa? (ver a foja 526, destacado en el original). Acerca del procedimiento de medición, cabe citar también la gacetilla correspondiente a 'El Boletín del Inspector Bromatológico' N° 6, publicada por la Administración Nacional de Alimentos, Medicamentos y Tecnología

Médica por intermedio del Instituto Nacional de Alimentos (ANMAT). En dicho documento se expone que: "La temperatura de heladeras, cámaras o exhibidoras en frío puede ser chequeada con un termómetro. El termómetro digital tipo 'pinchacarne' resulta ideal para medir tanto la temperatura de los alimentos como la del aire de los equipos (...) En la verificación debe tenerse presente que los medidores de temperaturas propios de las heladeras/freezers indican la temperatura del aire dentro del equipo solamente (no la de los productos alimenticios contenidos en los equipos) (...) Si los equipos poseen, además, dispositivos de control de temperatura, deberá registrarse la temperatura indicada y controlar la temperatura del aire en el interior de los equipos, para lo cual debe colocar el termómetro portátil en el interior del mismo, evitando que la porción sensora entre en contacto con superficies o alimentos, y esperar hasta que se estabilice la medición para tomar la temperatura medida (...) Mantenga la puerta cerrada de los equipos de mantenimiento en frío el mayor tiempo posible para evitar fluctuaciones de temperatura? (expte. administrativo, fojas 158/160). Así también, con respecto al procedimiento para la estabilización del termómetro, cabe remitirse también a lo informado por la empresa que realizó el servicio técnico del transporte cuatro días antes de la inspección. Allí se expuso que: "Para obtener el registro de la temperatura ambiente en un sistema de frío se debe considerar que los termómetros digitales tienen una escala que desciende en forma progresiva y gradual. Se le debe dar un tiempo considerable de ambientación dentro del recinto a controlar, para que la medición sea precisa y real. La misma se realiza con el equipo en marcha (circulación del aire en el ambiente) y con las puertas del mismo completamente cerradas? (cfr. informe técnico de la firma 'Refrigeración Allen?', a foja 333). Así las cosas, cabe ponderar que la orden de decomiso y destrucción de la mercadería que se consideró que no estaba mantenida a la temperatura adecuada, parte de la aplicación del artículo 33 de la Ordenanza N° 59/92, que establece como condición para esa medida que los alimentos sean potencialmente peligrosos para la salud de la población (cfr. foja 424 y acto administrativo del Juez de Faltas, a foja 10 del expediente administrativo). El veterinario dependiente de la Municipalidad de Zapala que se desempeñaba en el matadero municipal y fuera convocado al procedimiento de inspección, respondió en esta causa que al control organoléptico no advirtió ninguna anomalía de los alimentos y aclaró que: "si bien al momento del control de la carne no se observaban modificaciones organolépticas en cuanto al color, olor, el hecho de que la temperatura del transporte no sea la adecuada conlleva a que eso suceda por eso se dice que ese alimento no está apto para el consumo humano? (ver testimonio de Víctor José Chavez, a foja 643). Sin embargo, además de la falta de confiabilidad de las mediciones de temperatura ya determinadas, lo cierto es que el perito consultado en autos dictaminó que el riesgo potencial para la salud no se alcanza a configurar con la constatación de una temporaria suba de la temperatura por sobre los valores recomendados. El experto explicó que: "En todo el proceso de cadena de frío, desde el establecimiento de origen, establecimiento distribuidor regional, transportes, acondicionado en supermercado, traslado del cliente en vehículo particular, y continuas aperturas de puertas en heladeras familiares, se producen pequeños ciclos de elevación de temperatura... ésto no influye en la calidad final del producto, no lo altera ni contamina, siempre y cuando el TIEMPO no sea prolongado. Este es el concepto que hay que comprender para entender que la rotura de la cadena de frío, produce alteración del producto convirtiéndolo en peligroso para su consumo, cuando está seguida por un lapso prolongado (reitero, la bibliografía y manuales del CFI y catering internacional, hablan de 2 horas como lapso de peligro) (...) Cuando no hay alteración de caracteres organolépticos, aunque la temperatura esté un poco elevada, no se puede calificar al producto como no apto (...) En el caso que nos ocupa, carne envasada al vacío, la alteración o no aptitud para el consumo, se hubiera verificado por alteración en estos caracteres organolépticos, situación que no fue detectada en el procedimiento? (dictamen del perito en bromatología, fojas 519 y 522, resaltado en el original). Y posteriormente el médico veterinario especialista añadió que: "... tendrían que haber solicitado la ejecución de pruebas complementarias para confirmar la tan temida rotura de 'cadena de frío' que determinó (para el personal auxiliar no profesional actuante y pare el Sr. Juez que aceptó) que todos los productos se transformaron en no aptos para el consumo. No se efectuó in situ un estudio de organolepsia a cargo de un profesional. No se efectuó in situ determinación de pH por cintas colorimétricas. No se tomaron muestras reglamentarias de alimentos observados. No se enviaron muestras a laboratorio bromatológico de Salud Pública NQN. No se efectuaron análisis físico-químicos en laboratorio oficial especializado. No se efectuaron análisis sensoriales en laboratorio oficial especializado. No se efectuaron análisis microbiológicos en laboratorio oficial especializado? (ver a foja 529, resaltado en el original). A juicio del especialista en bromatología hubiera sido aconsejable intervenir la mercadería (depositándola en una cámara a disposición de las autoridades municipales) y hacer las verificaciones faltantes para poder considerar que no era apta para el consumo humano, antes de eventualmente ordenar su destrucción. En suma, el inadecuado procedimiento de verificación de las temperaturas dentro del transporte frigorífico y, por otro lado, la falta de debida constatación de la potencialidad de peligro para la salud de la población, confluyen a tener por acreditado que la decisión del Juez de Faltas de ordenar la destrucción de la mercadería en cuestión resultó irrazonable, en tanto partió de una errónea valoración de las circunstancias de hecho. Por lo tanto, la orden de incineración de los alimentos que ha venido impugnada en autos resulta nula y así debe ser declarada. VIII.- Sentado lo expuesto, corresponde verificar si la actividad nulificada generó un daño

resarcible a la actora. Sobre el tema, lleva reiteradamente dicho este Cuerpo que existen cuatro presupuestos para determinar la responsabilidad extracontractual del Estado: a) daño o perjuicio; b) relación de causalidad directa e inmediata entre el accionar estatal y el perjuicio; c) posibilidad de imputar jurídicamente los daños a la persona jurídica estatal a la cual pertenece el órgano que los ocasionó; d) la existencia de una falta de servicio. En el sub examine el daño está dado por la pérdida de los alimentos que fueron destruidos, que fueron listados a foja 18 del expediente administrativo, la cual integra el acta correspondiente (cfr. Fojas 15/18 del expte. adm.). En atención a que dichas mercaderías no eran de propiedad de la transportista que acciona en autos, la medida del daño debe cuantificarse en función de las sumas que ha probado que debió reconocer a las empresas que habían contratado el transporte, de lo cual aporta documentación a fojas 94/104 (anexos identificados como B4 y B5 de la demanda). Sobre la documental recién mencionada, corresponde apreciar que no tiene utilidad probatoria la obrante a fojas 98, 99, 100 (por resultar copias parcialmente ilegibles, que impiden corroborar qué tipo de comprobantes son y su emisor) y 101 (por tratarse de la impresión de un correo electrónico, sin valor como documento que acredite la erogación correspondiente). De modo que, el daño a la actora probado, con relación a la mercadería destruida, asciende a la suma de \$.... A dicha suma cabe adicionar los \$..., en concepto de viáticos abonados al Sr. Pablo Musse, según recibo que consta a foja 84, quien debió trasladarse especialmente a la ciudad de Zapala, como consecuencia del procedimiento municipal, lo que consta en el acta de inspección que dio inicio al expediente administrativo. Por otro lado, la falta de servicio ya fue acreditada en función de la argumentación y pruebas analizadas en el párrafo anterior y consiste en la ilegítima orden de destrucción de la mercadería. En cuanto a la relación de causalidad, existe un nexo adecuado y directo entre la orden ilegítima y el daño ocasionado al darle cumplimiento. Finalmente, el daño es imputable a la demandada, toda vez que la falta de servicio fue cometida por sus funcionarios, en cumplimiento de funciones propias de sus cargos. En cuanto a los demás resarcimientos reclamados en la demanda, corresponde rechazar la pretensión, en tanto ni siquiera han sido suficientemente explicitados en la demanda ni se ha aportado la prueba necesaria para acreditarlos. Efectivamente, más allá de los documentos ya mencionados de los que surgen reconocimientos a favor de los remitentes de la mercadería, no se han acreditado otros gastos reintegrados por la empresa actora a aquéllos. Por ejemplo, con relación a los fletes, solamente se han aportado las facturas de Surfrigo a las empresas remitentes, mas no se adjuntó comprobante alguno del reintegro de esas sumas. Cabe detenerse en el rubro ?publicidad negativa que debe ser indemnizada? (cfr. demanda, a foja 203 vuelta). Sin perjuicio de que se acompañan noticias aparecidas en distintos medios de comunicación acerca del procedimiento municipal sobre el transporte de la actora, ello no basta para tener por configurado un daño, ya que sería necesario aportar elementos que permitan probar la certeza y entidad del mismo, como así también, la relación de causalidad con la falta de servicio de la demandada. Por lo tanto, con los alcances descriptos en este apartado, corresponde hacer lugar a la demanda. IX.- Con relación a las costas, no encuentro motivo para apartarme de la regla, que es su imposición a la parte vencida (artículo 68 del CPCyC, de aplicación supletoria). TAL MI VOTO. El señor Vocal Doctor EVALDO DARÍO MOYA dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Vocal que abre el Acuerdo, como así también sus conclusiones, por lo que emito mi voto del mismo modo. MI VOTO. De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Fiscal del Cuerpo, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) HACER LUGAR a la demanda de Surfrigo S.A. contra la Municipalidad de Zapala y, en consecuencia, declarar la nulidad del decomiso y destrucción de mercadería ordenado en el expediente N° 01-137, Folio N° 53, Tomo N° XII, Año 2009. 2º) Condenar a la demandada a indemnizar a la actora la suma de \$... (... pesos con ... centavos), con más los intereses correspondientes a la tasa promedio entre la activa y la pasiva del Banco de la Provincia del Neuquén, desde el 19 de enero de 2009 (fecha del evento dañoso) y hasta el efectivo pago. 3º) Diferir la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes hasta tanto se cuente con pautas para ello. 4º) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese. Con lo que se dio por finalizado el acto que, previa lectura y ratificación firman los Magistrados presentes por ante la Actuaria, que certifica. DR. RICARDO TOMAS KOHON - DR. EVALDO DARÍO MOYA DRA. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria 001796E