Resolución Directoral

N° 9097-2018-PRODUCE/DS-PA

Lima 10 de Diciembre del 2018

VISTO: el expediente administrativo sancionador Nº 5612-2007-PRODUCE/DIGSECOVI-Dsvs, que contiene: la Resolución Directoral N° 1616-2010-PRODUCE/DIGSECOVI, la Resolución Consejo de Apelación de Sanciones N° 039-2017-PRODUCE/CONAS-CT, el Escrito de Registro N° 00088503-2018 y el Informe Legal Nº 10561-2018-PRODUCE/DS-PA-elavado-hlc, de fecha 07 de diciembre de 2018; y,

CONSIDERANDO:

Que, mediante el escrito de Registro N° 00089446-2018, de fecha 20 de setiembre, la empresa **PESQUERA DIAMANTE S.A.,** (en adelante, la administrada) solicitó que en aplicación del Principio de Retroactividad Benigna como excepción al Principio de Irretroactividad previsto en numeral 5) del artículo 246° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (en adelante, TUO de la LPAG), se recalcule la sanción impuesta en el Procedimiento Administrativo Sancionador contenido en el Expediente Nº 5612-2007-PRODUCE/DIGSECOVI-Dsvs;

Que, luego de iniciado el Procedimiento Administrativo Sancionador y a fin de respetar el derecho al Debido Procedimiento de la administrada, se emitió la Resolución Directoral N° 1616-2010-PRODUCE/DIGSECOVI, de fecha 13 de mayo de 2010, sancionándose a la administrada en su calidad de titular de la licencia de operación del establecimiento industrial pesquero ubicado en Complejo Pesquero Samanco S/N, distrito de Samanco, provincia de Santa, departamento de Ancash, con una **MULTA** ascendente a **2 UIT (DOS UNIDADES IMPOSITIVAS TRIBUTARIAS),** por haber incurrido en la comisión de la infracción tipificada en el numeral 49) del artículo 134º de la Ley General de Pesca, aprobada por Decreto Supremo Nº 012-2001-PE y modificado por el Decreto Supremo Nº 023-2006-PRODUCE, por no presentar el certificado de calibración de los instrumentos de pesaje correspondiente al mes de abril de 2007;

Que, mediante los escritos de Registro N°s. 00073659-2012 y 00100947-2016, de fecha 10 de noviembre de 2012 y 09 de noviembre de 2016, la administrada impugnó la Resolución Directoral N° 1616-2010-PRODUCE/DIGSECOVI, de fecha 13 de mayo de 2010;

Que, no obstante, mediante el artículo 1° de la Resolución Consejo de Apelación de Sanciones N° 039-2017-PRODUCE/CONAS-CT, de fecha 13 de marzo de 2017, se declaró **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución Directoral N° 1616-2010-PRODUCE/DIGSECOVI, de fecha 13 de mayo de 2010. En consecuencia, se **CONFIRMÓ** la sanción impuesta en todos sus extremos, quedando agotada la vía administrativa;

Que, conforme obra de los actuados en el presente expediente administrativo, se advierte que la Resolución Consejo de Apelación de Sanciones N° 039-2017-PRODUCE/CONAS-CT, fue impugnada por medio del Proceso Contencioso Administrativo ante el Noveno Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de Lima (Exp. 08092-2017-0-1801-JR-CA-09), conforme al artículo 148° de la Constitución Política del Perú de 1993 y el artículo 1° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por el Decreto Supremo N° 013-2008-JUS. Por tanto, la sanción impuesta mediante la Resolución Directoral N° 1616-2010-PRODUCE/DIGSECOVI, no ha quedado firme; toda vez que, dicha causa ha sido avocada al Órgano Jurisdiccional;

Que, sobre el particular, cabe acotar que la Dirección de Sanciones – PA ha motivado precedentemente sus resoluciones administrativas en razón a que, la aplicación de la Retroactividad Benigna no resulta posible en los procedimientos cuyos actos administrativos sean cuestionados en la vía judicial, pues la competencia de la función jurisdiccional es confiada única y exclusivamente al Poder Judicial;

Que, no obstante, mediante Informe Legal N° 00010-2018-PRODUCE/DS-PA-lcortez, de fecha 31 de octubre de 2018, se ha arribado a la conclusión de que la aplicación del Principio de Retroactividad Benigna como excepción al Principio de Irretroactividad previsto en numeral 5) del artículo 246° del TUO de la LPAG, se puede realizar en cualquier instancia administrativa o incluso en etapa judicial, para lo cual se han sustentado las razones de hecho y el sustento jurídico que justifica el mismo;

Que, a mayor abundamiento, resulta conveniente citar a BUENO ARMIJO[1], quien respecto al *momentum* de la aplicación de la retroactividad benigna ha señalado que:

> "(…) la retroactividad *in bonus* «no tiene su límite en el momento en que se dicta la resolución sancionadora, ya que esa aplicación retroactiva ha de realizarse aun cuando se haya pronunciado la sanción mientras que ésta no se haya ejecutado, **e incluso cuando el procedimiento sancionador se encuentre en fase de impugnación jurisdiccional**» [STSJ de Madrid, de 30 de enero de 2002 (Ar. 3959]. Aún más, se afirma que la **retroactividad de la norma sancionadora más favorable constituye un principio de aplicación imperativa y de orden público** (…)." (El énfasis es nuestro);

[1] Antonio Bueno Armijo, Lucía Alarcón Sotomayor, Manuel Izquierdo Carrasco y Manuel Rebollo Puig, "Derecho Administrativo Sancionador", Editorial Lex Nova, Primera Edición 2010, Valladolid – España, p. 215 y 216.

Resolución Directoral

N° 9097-2018-PRODUCE/DS-PA

Lima 10 de Diciembre del 2018

Que, aunado a ello, corresponde aseverar que, en las decisiones adoptadas por la Administración debe primar la mejor satisfacción del interés público[2]. Al respecto, el Tribunal Constitucional Peruano ha señalado a partir del fundamento 10 de su Sentencia contenida en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC, que el interés público es:

> *"[…] concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión"*, sin embargo, tiene que ver con todo aquello que beneficia a la comunidad en general. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la organización administrativa[3]. Por otro lado, señala que *"el interés público, como concepto indeterminado, **se construye sobre la base de la motivación de las decisiones**, como requisito sine qua non de la potestad discrecional de la Administración, quedando excluida toda posibilidad de arbitrariedad";*

Que, de conformidad con lo expuesto, corresponde modificar el criterio seguido en actuaciones precedentes; toda vez que, de lo reseñado se colige que la Dirección de Sanciones – PA no pierde la competencia para aplicar el Principio de Retroactividad Benigna como excepción al Principio de Irretroactividad previsto en numeral 5) del artículo 246° del TUO de la LPAG, pese a que una resolución de sanción sea cuestionada en la vía jurisdiccional;

---

[2] Se debe tener en cuenta que "[…] la esencia misma de la potestad invalidatoria que radica en la autotutela de la Administración Pública se encuentra orientada a asegurar que el interés colectivo permanentemente respete y no afecte el orden jurídico. Pero el fundamento de esta potestad no se encuentra en alguna mera potestad exorbitante de la Administración, ni siquiera en la autotutela de que él es titular, sino en la necesidad que tiene la autoridad administrativa [Ministerio de la Producción] de dar satisfacción al interés de respetar la vigencia del principio de juricidad o del orden jurídico". Juan Carlos Morón Urbina, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, (Lima. Gaceta Jurídica, 2014), pp. 616 y 617.

[3] STC N° 090-2004-AA/TC de fecha 05 de julio de 2004, fundamento 11: "[…] Consecuentemente, el interés público es simultáneamente un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico. En el primer caso opera como una proposición ético-política fundamental que informa todas las decisiones gubernamentales; en tanto que en el segundo actúa como una idea que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo".

Que, de otra parte, de la consulta realizada a la Oficina de Ejecución de Coactiva del Ministerio de Producción, se advierte que mediante Resolución de Procedimiento de Ejecución Coactiva de fecha 28 de junio de 2017, contenida en el Expediente N° 1442-2017, se ordenó la exigibilidad de la deuda, la misma que se encuentra suspendida;

Que, mediante el literal b) del artículo 89° del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de la Producción, aprobado por el Decreto Supremo N° 002-2017-PRODUCE, precisó que la Dirección de Sanciones - PA, resuelve en primera instancia el Procedimiento Administrativo Sancionador; pudiendo aplicar las sanciones establecidas en el artículo 78° del Decreto Ley N° 25977, Ley General de Pesca. En ese sentido, siendo la Dirección de Sanciones – PA, el órgano encargado de aplicar las consecuencias jurídicas (sanciones administrativas) a las infracciones administrativas cometidas por los administrados, la Dirección de Sanciones – PA, es competente para aplicar la norma sancionadora más benigna, trayendo como consecuencia la modificación o eliminación de la sanción administrativa[4], en concordancia con lo señalado en el Memorando N° 744-2017-PRODUCE/OGAJ, emitido por la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de la Producción;

Que, ahora bien, el Principio de Irretroactividad establecido en el numeral 5) del artículo 246° del TUO de la LPAG, establece que: **"Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes al momento de incurrir la administrada en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables. Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición"**;

Que, en la misma línea, la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N° 017-2017-PRODUCE, que aprobó el Reglamento de Fiscalización y Sanción de las Actividades Pesqueras y Acuícolas, ha señalado que: **"Los procedimientos administrativos sancionadores en trámite se rigen por la normatividad vigente al momento de la comisión de la infracción salvo que la norma posterior sea más beneficiosa para la administrada. En este último caso, la retroactividad benigna es aplicada e primera o segunda instancia administrativa sancionadora, cuando corresponda. Para el caso de las sanciones de multa que se encuentran en ejecución coactiva se aplica lo dispuesto en el numeral 5) del artículo 246° del Texto único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS"**;

Que, de la lectura de la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N° 017-2017-PRODUCE, se desprende que la retroactividad benigna aplicable en la etapa de ejecución de la sanción solo es aplicable para las sanciones de multa, mientras que el artículo 5) del artículo 246° del TUO de la LPAG, es abierto a todo tipo de sanciones. En ese sentido, observamos que la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N° 017-2017-PRODUCE, impone una condición menos favorable a la administrada que la prevista en el artículo 5° del TUO de la LPAG, lo cual atenta con lo establecido en el numeral 245.2) del artículo 245° del TUO de la LPAG. En consecuencia, prevalece lo previsto en el numeral 5) del artículo 246° del TUO de la LPAG, siendo la retroactividad benigna aplicable en etapa de ejecución, no solo para las resoluciones de multa, sino también para las diferentes sanciones aplicables conforme al ordenamiento pesquero;

[4] *Vid.* Consulta Jurídica N° 011-2017-JUS/DGDOJ, de fecha 9 de mayo de 2017.

Resolución Directoral

N° 9097-2018-PRODUCE/DS-PA

Lima 10 de Diciembre del 2018

Que, a la luz de lo expuesto, mediante la Resolución Directoral N° 1616-2010-PRODUCE/DIGSECOVI, confirmada por la Resolución Consejo de Apelación de Sanciones N° 039-2017-PRODUCE/CONAS-CT, se le impuso a la administrada una **MULTA** ascendente a **2 UIT (DOS UNIDADES IMPOSITIVAS TRIBUTARIAS),** por haber incurrido en la comisión de la infracción tipificada en el numeral 49) del artículo 134° de la Ley General de Pesca, aprobada por Decreto Supremo Nº 012-2001-PE y modificado por el Decreto Supremo Nº 023-2006-PRODUCE, por no presentar el certificado de calibración de los instrumentos de pesaje correspondiente al mes de abril de 2007;

Que, en ese contexto, el numeral 49) del artículo 134° de la Ley General de Pesca, aprobada por el Decreto Supremo Nº 012-2001-PE y modificado por el Decreto Supremo Nº 015-2007-PRODUCE, establece como conducta prohibida: **"No presentar el certificado de calibración de los instrumentos de pesaje o el informe metrológico con valor oficial dentro del plazo establecido en la normativa correspondiente".** Actualmente, esta prohibición, se encuentra contenida en el numeral 41) del artículo 134° del Reglamento de la Ley General de Pesca, aprobado por el Decreto Supremo N° 012-2001-PE y modificado por el Decreto Supremo N° 017-2017-PRODUCE, que tipifica como infracción lo siguiente: **"No presentar el certificado de calibración vigente de los instrumentos de pesaje o la constancia de calibración estática con valor oficial dentro del plazo establecido, de acuerdo a la normatividad sobre la materia"**. Asimismo, conforme al Código 41 del Cuadro de Sanciones del Reglamento de Fiscalización y Sanción de las Actividades Pesqueras y Acuícolas anexo al Decreto Supremo N° 017-2017-PRODUCE, se establece la sanción de **MULTA**. Por tanto, corresponde calcular estas sanciones a la luz del Reglamento de Fiscalización y Sanción de las Actividades Pesqueras y Acuícolas, aprobado por el Decreto Supremo N° 017-2017-PRODUCE y la Resolución Ministerial N° 591-2017-PRODUCE[5]

Que, cabe mencionar que, mediante la Resolución Directoral N° 163-2003-PRODUCE/DNEPP, de fecha 25 de junio de 2003, se aprobó el cambio de titular de las licencias de operación de los establecimientos industriales pesqueros ubicados en Supe,

[5] Por medio de esta norma se aprobó los componentes de las Variables "B" y "P" de fórmula para el cálculo de la sanción de multa establecida en el Reglamento de Fiscalización y Sanción de las Actividades Pesqueras y Acuícolas, aprobado por el Decreto Supremo N° 017-2017-PRODUCE y sus valores correspondientes.

Samanco y Mollendo, otorgadas a la empresa CORPORACION PESQUERA SAN ANTONIO S.S., mediante Resolución directoral Nº 203-98-PE/DNPP de fecha 17 de noviembre de 1998, a favor de la empresa **PESQUERA DIAMANTE S.A.,** entre otras la planta de Samanco que cuenta con una planta de harina de pescado de alto contenido proteínico y de harina de pescado con capacidades de 50 t/h y 25 t/h respectivamente; en su establecimiento industrial pesquero ubicado en Complejo Pesquero Samanco s/n, distrito de Samanco, provincia de Santa, departamento de Ancash;

Que, en ese sentido, verificándose que la administrada cuenta con una planta de harina de pescado de alto contenido proteínico y de harina de pescado, de la evaluación de los medios probatorios obrantes en el expediente, no se desprende con precisión que planta incumplido con presentar el certificado de calibración de los instrumentos de pesaje correspondiente al mes de abril de 2007; por lo que, en aplicación del principio *in dubio pro administrado* (variante del principio *in dubio pro reo* y de aplicación en la esfera administrativa), se tendría que considerar la planta de harina de pescado, toda vez que los valores y factores utilizados para el cálculo de la sanción resulta más favorables para la administrada, a diferencia de los valores y factores aplicables para la planta de congelado; asimismo, no verificándose del expediente administrativo sancionador el volumen del recurso comprometido, la sanción de **MULTA**, señalada en el código 1 del Cuadro anexo al RFSAPA, se realizará tomando en cuenta la capacidad instalada, la cual se calcula conforme al artículo 35° del acotado Reglamento y a la Resolución Ministerial N° 591-2017-PRODUCE[6], el mismo que pasamos a detallar en el siguiente cuadro:

CÁLCULO DE LA MULTA			
DS N° 017-2017-PRODUCE		**RM N° 591-2017-PRODUCE**	
M= B/P x (1 +F)	M: Multa expresada en UIT	**B= S*factor*Q**	B: Beneficio Ilícito
	B: Beneficio Ilícito		S: Coeficiente de Sostenibilidad Marginal del Sector
	P: Probabilidad de detección		Factor: Factor del recurso y producto
	F: Factores agravantes y atenuantes		Q: Cantidad del recurso comprometido
REEMPLAZANDO LAS FORMULAS EN MENCIÓN SE OBTIENE COMO FÓRMULA DE LA SANCIÓN			
M = S*factor*Q/P x(1 + F)		S:[7]	0.33
		Factor del Producto:[8]	1.21
		Q: [9]	0.26*2*120=13

[6] Por medio de esta norma se aprobó los componentes de las Variables "B" y "P" de fórmula para el cálculo de la sanción de multa establecida en el Reglamento de Fiscalización y Sanción de las Actividades Pesqueras y Acuícolas, aprobado por el Decreto Supremo N° 017-2017-PRODUCE y sus valores correspondientes.

[7] El coeficiente de sostenibilidad marginal del sector (S) en función a la actividad desarrollada por la empresa **PESQUERA DIAMANTE S.A.,** en su Planta de Harina de Pescado es 0.33, conforme a la Resolución Ministerial N° 591-2017-PRODUCE.

[8] El factor del producto para la Planta de Alto Contenido Proteínico la empresa **PESQUERA DIAMANTE S.A.,** es 1.21 y se encuentra señalado en el Anexo III de la Resolución Ministerial N° 591-2017-PRODUCE.

[9] Conforme al literal c) del Anexo II de la Resolución Ministerial N° 591-2017-PRODUCE, la cantidad del producto comprometido (Q). En el caso no se cuente con la cantidad del recurso comprometido se utilizará la capacidad instalada para plantas, en el presente caso la capacidad instalada de la Planta de Alto Contenido Proteínico de propiedad de la administrada es 25 t/h según Resolución Directoral N° 203-98-PE/DNPP, el cual se multiplicará por el ajuste de capacidad (0.26) y por alfa (2) = 13 t.

Resolución Directoral

N° 9097-2018-PRODUCE/DS-PA

Lima 10 de Diciembre del 2018

	P:[10]	0.75
	F: [11]	0
M=0.33*1.21*13/0.75*(1+0)	**MULTA = 6.921 UIT**	

Que, en ese sentido, al haberse recalculado la sanción en el marco de lo establecido en el Código 41 del Cuadro de Sanciones del Reglamento de Fiscalización y Sanción de las Actividades Pesqueras y Acuícolas anexo al Decreto Supremo N° 017-2017-PRODUCE se ha determinado que la sanción es de una **MULTA** ascendente a **6.921 UIT**, la cual es más gravosa para la administrada respecto de la sanción impuesta mediante la Resolución Directoral N° 1616-2010-PRODUCE/DIGSECOVI, confirmada por la Resolución Consejo de Apelación de Sanciones N° 039-2017-PRODUCE/CONAS-CT que le impuso a la administrada una **MULTA** ascendente a **2 UIT (DOS UNIDADES IMPOSITIVAS TRIBUTARIAS)**; en consecuencia, se advierte que, la aplicación retroactiva de la norma no beneficia a la administrada. Por lo tanto, lo solicitado se deberá **DECLARAR IMPROCEDENTE**, toda vez que el recalculo de las sanciones impuestas a la luz del nuevo Reglamento, resulta más gravosa;

En mérito a lo dispuesto en el artículo 81° del Decreto Ley N° 25977, Ley General de Pesca, en concordancia con lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1047, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de la Producción, el Decreto Supremo N° 002-2017-PRODUCE, Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de la Producción y al numeral 5) del artículo 246° del TUO de la LPAG, corresponde a la Dirección de Sanciones (DS-PA) resolver en primera instancia las solicitudes de retroactividad benigna sobre sanciones que se encuentran en etapa de ejecución coactiva.

SE RESUELVE:

ARTÍCULO 1°.- DECLARAR IMPROCEDENTE la solicitud de aplicación del Principio de Retroactividad Benigna como excepción al Principio de Irretroactividad sobre la sanción

[10] De acuerdo al literal B) del Anexo I de la Resolución Directoral N° 065-2017-PRODUCE/DGPI, la variable de probabilidad de detección (P) para extracción es 0.75.

[11] El artículo 44° del nuevo Reglamento, establece que: "A fin de establecer las sanciones aplicables, el Ministerio de la Producción o los Gobiernos Regionales de acuerdo a sus competencias, consideran los factores agravantes; sin embargo, en el presente caso no se presenta dicho supuesto; por lo que corresponde asignar a F el valor de "0".

que se encuentra en etapa de ejecución, presentada por la empresa **PESQUERA DIAMANTE S.A.** con **R.U.C. N° 20159473148**, mediante el escrito con Registro N° 00088503-2018, de fecha 19 de setiembre de 2018, respecto a la sanción impuesta mediante la Resolución Directoral N° 1616-2010-PRODUCE/DIGSECOVI-Dsvs, de fecha 13 de mayo de 2010, confirmada por la Resolución Consejo de Apelación de Sanciones N° 039-2017-PRODUCE/CONAS-CT, de fecha 13 de marzo de 2017. En aplicación de los Principios de Legalidad e Irretroactividad previsto en el sub numeral 1.1) del numeral 1) del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG y el numeral 5) del artículo 246° del mismo cuerpo legal.

ARTÍCULO 2º.- COMUNICAR la presente Resolución a las dependencias correspondientes, **PUBLICAR** la misma en el portal del **MINISTERIO DE LA PRODUCCIÓN (www.produce.gob.pe)** y **NOTIFICAR** conforme a Ley.

Regístrese y comuníquese,

MINISTERIO DE LA PRODUCCIÓN COORDINADOR Dirección de Sanciones PA E. LAVADO

MINISTERIO DE LA PRODUCCIÓN DS - PA Dirección de Sanciones Dirección General de supervisión Fiscalización

JOHANNA KARINA TERRONES MARIÑAS
Directora de la Dirección de Sanciones-PA