



Resolución Consejo de Apelación de Sanciones

N° 097-2022-PRODUCE/CONAS-2CT

Lima, 28 de junio de 2022

VISTOS:

- (i) El Recurso de Apelación interpuesto por la empresa **PESQUERA DIAMANTE S.A.**, identificada con RUC N° 20159473148, en adelante la empresa recurrente, mediante escrito con Registro N° 00084002-2020 de fecha 12.11.2020, y ampliado mediante escritos con registros N°s 00050921-2021 de fecha 13.08.2021, N° 00066670-2021 de fecha 27.10.2021 y N° 00070870-2021 de fecha 15.11.2021, contra la Resolución Directoral N° 2238-2020-PRODUCE/DS-PA de fecha 15.10.2020, que la sancionó con una multa de 23.250 Unidades Impositivas Tributarias, en adelante UIT y con el decomiso del recurso hidrobiológico caballa¹ y con reducción del LMCE, cuando corresponda, para la siguiente temporada de pesca², al haber realizado actividades pesqueras sin el permiso de pesca correspondiente, infracción tipificada en el inciso 1 del artículo 134° del Reglamento de la Ley General de Pesca, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2001-PE, y sus modificatorias correspondientes, en adelante el RLGP, con una multa de 23.250 UIT y con el decomiso del recurso hidrobiológico caballa³, por descargar el recurso hidrobiológico caballa en su planta de harina de pescado, infracción al inciso 81 del artículo 134 del RLGP.
- (ii) El expediente N° 4756-2016-PRODUCE/DGS.

I. ANTECEDENTES

- 1.1 En el Reporte de Ocurrencias 0701-135 N° 000016, de fecha 02.07.2016, el inspector de la empresa SGS, debidamente acreditado por el Ministerio de la Producción, constató en el operativo de control e inspección llevado a cabo en las instalaciones de la planta de harina residual de la empresa recurrente ubicada en la localidad del Callao, los siguientes hechos: *“(…) Al realizar el muestreo biométrico con Parte de Muestreo N° 0701-135-000110 a la embarcación pesquera POLAR VII con matrícula CO-13009-PM se determinó un 27.27% del recurso hidrobiológico caballa, excediendo la tolerancia establecida del 5%. El muestreo se realizó de acuerdo a la R.M. N° 353-2015-PRODUCE (…).”*

¹ El artículo 2° de la Resolución Directoral N° 2238-2020-PRODUCE/DS-PA de fecha 15.10.2020, declaró inaplicable la sanción de decomiso del recurso hidrobiológico caballa

² El artículo 2° de la Resolución Directoral N° 2238-2020-PRODUCE/DS-PA de fecha 15.10.2020, declaró inaplicable la sanción de LMCE

³ El artículo 4° de la Resolución Directoral N° 2238-2020-PRODUCE/DS-PA de fecha 15.10.2020, declaró inaplicable la sanción de decomiso del recurso hidrobiológico caballa.

- 1.2 Mediante la Resolución Directoral N° 508-2003-PRODUCE/DGEPP de fecha 19.12.2003, se modificó el permiso de pesca de la E/P POLAR VII, otorgado mediante la Resolución Ministerial N° 353-97-PE de fecha 10.08.1997, otorgándole una ampliación para la extracción de los recursos hidrobiológicos jurel y caballa para consumo humano directo e indirecto, además de la extracción de anchoveta y sardina.
- 1.3 Con fecha 03.03.2009 se emitió la Resolución Directoral N° 143-2009-PRODUCE/DGEPP que le otorgó la titularidad del permiso de pesca de la E/P POLAR VII a la empresa recurrente.
- 1.4 Sobre el particular, se precisa que mediante la Resolución Directoral N° 262-2010-PRODUCE/DGEPP de fecha 16.04.2010, se resolvió caducar el permiso de pesca de la E/P POLAR VII, únicamente en el extremo referido a la extracción de los recursos hidrobiológicos jurel y caballa para consumo humano directo.
- 1.5 Mediante la Notificación de Cargos N° 00640-2020-PRODUCE/DSF-PA, recibida en fecha 30.01.2020, se le imputó a la empresa recurrente la presunta comisión de las conductas tipificadas en los incisos 2, 3, 6 y 81 del artículo 134° del RLGP.
- 1.6 A través de la Notificación de Cargos N° 2438-2020-PRODUCE/DSF-PA, recibida en fecha 10.08.2020, se ampliaron los cargos imputados mediante la Notificación de Cargos N° 00640-2020-PRODUCE/DSF-PA, incluyéndose la presunta comisión de la conducta tipificada en el inciso 1 del artículo 134° del RLGP.
- 1.7 Por medio del Informe Final de Instrucción N° 00042-2020-PRODUCE/DSF-PA-mcmendoza de fecha 23.09.2020⁴, se recomendó sancionar a la empresa recurrente por las conductas tipificadas en los incisos 1 y 81 del artículo 134° del RLGP y archivar los cargos imputados respecto de las conductas tipificadas en los incisos 2, 3 y 6 del artículo 134° del RLGP.
- 1.8 Mediante Resolución Directoral N° 2238-2020-PRODUCE/DS-PA de fecha 15.10.2020⁵, se sancionó a la empresa recurrente con una multa de 23.250 UIT, con el decomiso del recurso hidrobiológico caballa y con la reducción del LMCE cuando corresponda para la siguiente temporada de pesca, al haber realizado actividades sin el permiso de pesca correspondiente, infracción tipificada en el inciso 1 del artículo 134° del RLGP, con una multa de 23.250 UIT y con el decomiso del recurso hidrobiológico caballa, por descargar el recurso hidrobiológico caballa en su planta de harina de pescado, infracción tipificada en el inciso 81 del artículo 134° del RLGP. Respecto de los cargos imputados por la presunta comisión de las conductas tipificadas en los incisos 2, 3 y 6 del artículo 134° del RLGP, el órgano sancionador dispuso el archivo del procedimiento administrativo sancionador en dicho extremo.
- 1.9 A través del escrito con Registro N° 00084002-2020 de fecha 12.11.2020, la empresa recurrente interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 2238-2020-PRODUCE/DS-PA de fecha 15.10.2020, dentro del plazo legal.
- 1.10 Con el Oficio N° 00000023-2021-PRODUCE/CONAS-2CT de fecha 29.01.2021, el Secretario Técnico de la Segunda Área Especializada Colegiada Transitoria de Pesquería solicita al Presidente del Consejo Directivo del Instituto del Mar del Perú (en adelante el IMARPE) precise en virtud de lo dispuesto por el literal c) del numeral 6.1.

⁴ Notificada a la empresa recurrente el 28.09.2020, mediante Cédula de Notificación de Informe Final de Instrucción N° 4474-2020-PRODUCE/DS-PA.

⁵ Notificada a la empresa recurrente el 23.10.2020, mediante Cédula de Notificación Personal N° 5116-2020-PRODUCE/DS-PA, a fojas 317 del expediente.

del artículo 6° de la Resolución Ministerial N° 353-2015-PRODUCE, si en el muestreo de fauna acompañante para la determinación de la composición de la captura, al excederse el porcentaje de 20% y en aplicación de dicho dispositivo legal, debe considerarse la especie acompañante como pesca objetivo, y de no ser el caso, indicar a partir de qué porcentaje se debe considerar como pesca objetivo.

- 1.11 En atención a la consulta solicitada el IMARPE remite el Oficio N° 140-2021-IMARPE/PCD de fecha 16.02.2021 señalando que: *“(...) la captura de una especie incidental sea mayor al 20% del total de la muestra, ésta sigue siendo considerada como incidental”*.
- 1.12 En fecha 19.02.2021, la empresa recurrente presenta el escrito con Registro N° 00011187-2021 solicitando se le conceda audiencia para sustentar informe oral del caso materia de análisis.
- 1.13 Con fecha 05.03.2021 se emite el Oficio N° 00000030-2021-PRODUCE/CONAS-2CT, documento mediante el cual se programa la audiencia solicitada para el 10.03.2021 a las 09:40 horas. Cabe señalar, que la Constancia de la referida Audiencia se encuentra anexa al expediente administrativo.
- 1.14 A través de los escritos con Registro N° 00050921-2021 de fecha 13.08.2021, 00066670-2021 de fecha 27.10.2021 y N° 00070870-2021 de fecha 15.11.2021, la empresa recurrente presenta argumentos adicionales a los planteados en su recurso de apelación.
- 1.15 Por medio del escrito con Registro N° 00069284-2021 de fecha 09.11.2021, la empresa recurrente solicita nuevamente una audiencia para sustentar un informe oral.
- 1.16 Mediante el Oficio N° 000000104-2021-PRODUCE/CONAS-2CT de fecha 09.11.2021 se le comunica a la empresa recurrente que el 17.11.2021 a las 10.40 horas, se llevaría a cabo la audiencia solicitada. Se precisa, que la Constancia de la referida Audiencia se encuentra anexa al expediente administrativo.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

- 2.1 La empresa recurrente sostiene que de conformidad con el numeral 250.3 del artículo 250 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley 27444, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, la autoridad declara de oficio la prescripción y da por concluido el procedimiento cuando se advierte que se ha cumplido el plazo para determinar la existencia de infracciones. En ese sentido, indica que tomando en cuenta la fecha de infracción que es el 02.07.2016, el presente procedimiento administrativo sancionador estaría prescrito.
- 2.2 Por otro lado, alega que la resolución impugnada, fue realizada mediante motivación aparente, no sustentada en los actuados e insuficiente al momento de fundamentar debidamente.
- 2.3 Manifiesta que los índices altos reportados por exceder la tolerancia de las especies asociadas son de absoluta responsabilidad de la autoridad administrativa ya que no realizan una labor eficiente al momento en que se apertura una zona de pesca ya que generalmente se encuentra dicha zona con alta incidencia de pesca asociada o incidental; así como tampoco se toman acciones para cerrar la zona de pesca ante los reportes de porcentajes excesivos; por lo que no se le puede trasladar la responsabilidad a los administrados. Asimismo, indica que el IMARPE es quien emite un informe científico de la zona de pesca, siendo que el porcentaje debe ser mínimo y no debe representar peligro para la preservación de la especie asociada o incidental, ni

tampoco afectar a los pesqueros con las multas ya que es un hecho ajeno a su responsabilidad; por tanto al no ser responsabilidad de los administrados se incurriría en eximente de responsabilidad, de acuerdo a lo previsto en el artículo 255° literal d) del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (en adelante el TUO de la LPAG). Igualmente, precisa que el Oficio DE-100-033-96 de IMARPE no resulta aplicable por encontrarse dirigido a la captura del recurso hidrobiológico anchoveta y no caballa, precisando que pretender que se suelte la red más bien traería consigo índices de mortandad constituyendo además dicha conducta una infracción al Decreto Supremo N° 024-2016-PRODUCE.

- 2.4 Por otro lado, alega que se ha vulnerado el principio de Culpabilidad, ya que la responsabilidad administrativa tiene necesariamente carácter subjetivo a excepción de los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva. Ello implica que la entidad pública con potestad sancionadora se encuentra obligada acreditar la responsabilidad subjetiva (dolo o culpa) como elemento indispensable para la imputación de una infracción administrativa por lo que de la revisión de la resolución materia de impugnación se desprende que la administración no ha realizado un análisis en base a las nuevas disposiciones establecidas en la normativa vigente.
- 2.5 De otro lado, indica que las tomas de muestra fueron realizadas en base al peso declarado, y no en base al peso registrado; siendo aquel únicamente una información referencial, conforme se señala en el Informe N° 032-2011-PRODUCE/OGTIE-lfiores, de fecha 20.07.2011, en el que se desestima el valor del peso declarado. En ese sentido, la resolución materia de impugnación es nula, por haberse levantado el reporte de ocurrencias en base a información referencial, máxime si entre el peso declarado y el peso descargado existe diferencia. Así también, la Administración precisa que el informe N° 00010-2017-PRODUCE/DSF-PA-adiaza no sería aplicable por cuanto fue emitida en el marco de la Resolución Ministerial N° 257-2002-PE, mientras que a la fecha de la infracción ya se encontraba vigente otra norma de muestreo al amparo de la Resolución Ministerial N° 353-2015-PRODUCE, por lo que concluye que la autoridad sancionadora ha incurrido en una motivación aparente.
- 2.6 Argumenta que es causal de nulidad que se haya decidido encauzar su recurso de apelación como descargo sin que haya sido previamente notificado para ejercer su derecho y que la Dirección de Sanciones no tiene por qué calificar su recurso de apelación contra el Acta de Decomiso Provisional de Recursos Hidrobiológicos, puesto que carece de facultades para pronunciarse al respecto, correspondiéndole dicha facultad al Consejo de Apelación de Sanciones, por cuanto es el órgano competente para pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto, por lo cual se incurrió en vicio de nulidad. En ese sentido cita el Informe de la Oficina General de Asesoría Jurídica N° 288-2009-PRODUCE/OGAJ-nkics.
- 2.7 Además de ello manifiesta que al momento de efectuar el decomiso no se ha observado lo dispuesto en el artículo 37° del TUO del RISPAC, por cuanto no existe Resolución Directoral que disponga u ordene el decomiso del recurso como medida cautelar, sustentando su posición en el pronunciamiento del Tribunal Constitucional recaído en el expediente N° 5243-2007-PAT/TC.
- 2.8 De otro lado precisa que la Dirección de Sanciones no se pronunció sobre su fundamento que el resultado de captura se conoce al finalizar la descarga y que en todo caso la descarga fue autorizada por el inspector y al tener dicha autorización ya no amerita infracción al inciso 81 del artículo 134 del RLGP. Asimismo, señala que en la Resolución Directoral N° 658-2016-PRODUCE/DGS y N° 2453-2015-PRODUCE/DGS se archivó el procedimiento debido a que no era posible conocer la captura antes de

efectuarse el muestreo del recurso hidrobiológico en la tolva, por lo que se debe tener en cuenta el mismo criterio para el presente caso.

- 2.9 Además indica que corresponde declarar la nulidad de la resolución materia de impugnación, debido a que cumplieron con el requisito de presentar el Reporte de Calas, cumpliendo así con lo establecido en el Decreto Supremo N° 024-2016-PRODUCE, el cual modificó el artículo 3° del Decreto Supremo N° 009-2013-PRODUCE, indicando que si el titular del permiso de pesca cumple con comunicar la información a través de la bitácora electrónica, no se levantará el Reporte de Ocurrencias por la infracción tipificada en el inciso 6 del artículo 134° del RLGP, en el extremo referido a pesca incidental, por lo que invoca la aplicación del Principio de Retroactividad Benigna
- 2.10 Señala que en la Resolución impugnada no se toma en cuenta el procedimiento de muestreo realizado en su planta y que difiere del determinado por el inspector contraviniendo lo establecido en el numeral 171.2 del artículo 171° del TUO de la LPAG, por lo que la citada resolución es nula.
- 2.11 Por otro lado, alega que se ha vulnerado el principio de concurso de infracciones.
- 2.12 Indica también, que se está vulnerando el principio de non bis in ídem, el cual establece que no podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento, ya que se le está sancionando dos veces por un supuesto hecho irregular que no ha cometido y que se ha realizado dos veces un decomiso por un mismo recurso en dos numerales distintos.

III. CUESTION EN DISCUSIÓN

- 3.1 Evaluar si existe causal de nulidad en la Resolución Directoral N° 2238-2020-PRODUCE/DS-PA de fecha 15.10.2020.
- 3.2 De corresponder que se declare la nulidad de la citada Resolución Directoral, verificar si es factible emitir pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

IV. CUESTIÓN PREVIA

4.1 En cuanto a si existe causal de nulidad en la Resolución Directoral N° 2238-2020-PRODUCE/DS-PA

- 4.1.1 El artículo 156° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, dispositivo legal aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, en adelante el TUO de la LPAG, dispone que la autoridad competente, aun sin pedido de parte, debe promover toda actuación que fuese necesaria para su tramitación, superar cualquier obstáculo que se oponga a regular la tramitación del procedimiento; determinar la norma aplicable al caso aun cuando no haya sido invocada o fuere errónea la cita legal; así como evitar el entorpecimiento o demora a causa de diligencias innecesarias o meramente formales, adoptando las medidas oportunas para eliminar cualquier irregularidad producida.
- 4.1.2 Asimismo, se debe mencionar que el Consejo de Apelación de Sanciones, en su calidad de órgano de última instancia administrativa, tiene el deber de revisar el desarrollo de todo el procedimiento administrativo sancionador y verificar que éste haya cumplido con respetar las garantías del debido procedimiento. De lo expuesto, se desprende que, si se detecta la existencia de un vicio, corresponde aplicar las medidas correctivas del caso.

- 4.1.3 Los incisos 1 y 2 del artículo 10° del TUO de la LPAG, disponen que son causales de nulidad del acto administrativo los vicios referidos a la contravención de la Constitución, las leyes y normas reglamentarias, así como el defecto u omisión de sus requisitos de validez.
- 4.1.4 En ese sentido, se debe indicar que una de las características que debe reunir el objeto o contenido del acto es la legalidad, según la cual, de acuerdo a lo establecido en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.
- 4.1.5 El inciso 4 del artículo 248° del TUO de la LPAG, regula el Principio de Tipicidad, el cual establece que: *“Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria (...)”*.
- 4.1.6 En la sentencia recaída en el expediente N° 2050-2002-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado respecto al Principio de Tipicidad lo siguiente: *“No debe identificarse el principio de legalidad con el **principio de tipicidad**. El primero, garantizado por el ordinal “d” del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. **El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta**. Tal precisión de lo considerado como antijurídico desde un punto de vista administrativo, por tanto, no está sujeta a una reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementada a través de los reglamentos respectivos, como se infiere del artículo 168° de la Constitución. La ausencia de una reserva de ley absoluta en esta materia, como indica Alejandro Nieto (Derecho administrativo sancionador, Editorial Tecnos, Madrid 1994, Pág. 260), “provoca, no la sustitución de la ley por el reglamento, sino la colaboración del reglamento en las tareas reguladoras, donde actúa con subordinación a la ley y como mero complemento de ella”*
- 4.1.7 Bajo ese alcance, resulta pertinente indicar que el artículo 77° de la LGP señala que constituye infracción toda acción u omisión que contravenga o incumpla alguna de las normas contenidas en la presente Ley, su Reglamento o demás disposiciones sobre la materia.
- 4.1.8 De otro lado, el artículo 78° de la LGP señala que las personas naturales o jurídicas que infrinjan las disposiciones establecidas en la mencionada Ley se harán acreedoras, según la gravedad de la falta, a una o más de las sanciones siguientes: multa, suspensión de la concesión, autorización, permiso o licencia, decomiso o cancelación definitiva de la concesión, autorización, permiso o licencia.
- 4.1.9 A través de los artículos 79° y 81° de la LGP, se asignó al Ministerio de la Producción la potestad sancionadora para asegurar el cumplimiento de la mencionada Ley; previendo que toda infracción será sancionada administrativamente conforme a Ley. Además, cabe señalar que, conforme al artículo 88°, es el Ministerio de Pesquería (actualmente Ministerio de la Producción) el que dicta las disposiciones reglamentarias que fueren necesarias.

- 4.1.10 En el marco de las normas precitada, el Ministerio de la Producción tipifica a través del inciso 1 del RLGP que “Realizar actividades pesqueras sin el permiso” constituye una infracción pasible de ser sancionada.
- 4.1.11 Sobre el particular, resulta pertinente indicar que en las hojas 4 y 5 de la Resolución Directoral N° 2238-2020-PRODUCE/DS-PA de fecha 15.10.2020, se observa que el órgano sancionador ha desarrollado los criterios por los cuales considera que el accionar de la empresa recurrente resulta sancionable respecto de la conducta tipificada en el inciso 1 del artículo 134° del RLGP.
- 4.1.12 En esa línea indica lo siguiente: *“Es necesario señalar que el tipo legal exige que se hayan realizado actividades extractivas de recursos hidrobiológicos y no cuente con permiso de pesca. En razón a ello y de los medios probatorios obrantes en el expediente administrativo, especialmente lo consignado en el Reporte de Ocurrencias 0701-135- N° 000016 y el Acta de Inspección de Desembarque 0701-135 N° 000096, se verifica que, con fecha 02/07/2016, los inspectores acreditados por el Ministerio de la Producción constataron que la E/P POLAR VII realizó la descarga del recurso hidrobiológico anchoveta (*engraulis ringens*) correspondiente a su faena de pesca, por lo que al realizar el muestreo biométrico, arrojó 72.73% para anchoveta y **27.27% para caballa**, excediendo la tolerancia permitida que es de 5% para pesca incidental, conforme a lo establecido en el numeral 6.3 del artículo 6° de la Resolución Ministerial N° 228-2016-PRODUCE, siendo el exceso 22.27% de la tolerancia establecida. En esa línea, resulta necesario, señalar que, conforme a lo establecido en el artículo 43° y 44° de la Ley General de Pesca, se desprende que, el permiso de pesca es el título habilitante de carácter específico otorgado a plazo determinado que permite al administrado operar embarcaciones pesqueras. En buena cuenta, mediante este título habilitante, la administración otorga una autorización administrativa que, en el presente caso, permite a la administrada realizar la extracción de los recursos hidrobiológicos anchoveta y sardina, mas no así, de los recursos hidrobiológicos caballa”.*
- 4.1.13 Conforme se observa en el párrafo precedente, el análisis efectuado por el órgano sancionador respecto de la conducta tipificada en el inciso 1 del artículo 134° del RLGP “Realizar actividades pesqueras sin permiso”, se configura con la constatación de un 27.27% del recurso hidrobiológico caballa en la composición de la muestra, que de acuerdo a la calificación de la Dirección de Sanciones – PA constituye **pesca incidental cuyo tipo infractor se encuentra tipificado en el inciso 6 del artículo 134° del RLGP** que señala que constituye infracción **“Exceder los porcentajes establecidos a los porcentajes de captura de las especies asociadas o dependientes”**.
- 4.1.14 En esa línea, se observa que el análisis efectuado vulnera el principio de tipicidad, pues si bien es cierto se ha constatado en el Parte de Muestreo N° 0701-135 N° 000110 de fecha 01.07.2016 la presencia de un 27.27% del recurso hidrobiológico caballa, ésta constituye pesca incidental según la opinión dada por el IMARPE a través del Oficio N°140-2021-IMARPE/PCD de fecha 16.02.2021 que señala que *“(…) la captura de una especie incidental sea mayor al 20% del total de la muestra, ésta sigue siendo considerada como incidental”*, es por ello que los hechos materia de infracción debieron analizarse bajo el alcance del tipo infractor descrito en el inciso 6 del artículo 134° del RLGP, en el extremo referido a exceder el porcentaje de fauna acompañante.
- 4.1.15 De otro lado, el inciso 81 del artículo 134° del RLGP, tipifica como conducta pasible de ser sancionada el: *“Procesar los recursos hidrobiológicos sardina, jurel y caballa para la elaboración de harina de pescado, así como descargar dichos recursos en los citados establecimientos industriales pesqueros”*.

- 4.1.16 Respecto de la citada infracción, se observa que el órgano sancionador ha desarrollado en las hojas 7 y 8 de la Resolución Directoral N° 2238-2020-PRODUCE/DS-PA de fecha 15.10.2020, los criterios por los cuales considera que el accionar de la empresa recurrente resulta sancionable respecto de la conducta tipificada en el inciso 81 del artículo 134° del RLGP.
- 4.1.17 Bajo ese alcance, se precisa lo manifestado por el órgano sancionador respecto de la configuración del inciso 81 del artículo 134° del RLGP: *“En el presente caso, de la revisión del Acta de Inspección de Muestreo 0701-135 N° 000097 y el Parte de Muestreo 0701-135 N° 000110, la “COMPOSICION DE MUESTRA” señala como total :31.17 kg., de los cuales 72.73% era del recurso hidrobiológico anchoveta y 27.27% del recurso hidrobiológico caballa, siendo que éste último supera a todas luces el 5% considerado para pesca incidental y además se debe enfatizar que la administrada no solo extrajo un 27.27% del recurso hidrobiológico caballa, sino que- además, según reporte de calas 130090005, la extracción del recurso se realizó hasta en dos (02 calas y dentro de la misma zona, la primera cala en latitud 11° 5 10” S longitud 78° 13 15” y la segunda cala en latitud 11°5 10° S y longitud 78° 12 12”), motivo por el cual, deberá considerarse que al realizar la actividad extractiva, la administrada tuvo la intención de capturar el recurso hidrobiológico caballa (pesca objetivo), de forma tal que la administrada habría incurrido en la imputación en este extremo de la infracción (...)”.*
- 4.1.18 De acuerdo al criterio desarrollado por el órgano sancionador, la infracción tipificada en el inciso 81 del artículo 134° del RLGP *“Procesar los recursos hidrobiológicos sardina, jurel y caballa para la elaboración de harina de pescado, así como **descargar dichos recursos en los citados establecimientos industriales pesqueros**”,* se configura cuando se observa que el recurso hidrobiológico caballa supera el 5% de tolerancia establecido para la pesca incidental convirtiéndose así bajo su juicio en pesca objetivo.
- 4.1.19 Sin embargo, debe recalcar lo dicho por IMARPE a través del Oficio N°140-2021-IMARPE/PCD de fecha 16.02.2021 que señala que cuando *“(...) la captura de una especie incidental sea mayor al 20% del total de la muestra, ésta sigue siendo considerada como incidental”,* a ello se suma lo acordado por el Consejo de Apelación de Sanciones a través del Acuerdo Plenario 001-2018 de fecha 23.07.2018 que establece que *“De conformidad con los cambios introducidos por el Decreto Legislativo N° 1272 a las reglas previstas para el procedimiento sancionador, en las infracciones relacionadas a la actividad extractiva, para determinar si corresponde aplicar la infracción contemplada en el numeral 6 o numeral 81 del artículo 134° del RLGP (actualmente numeral 10 y numeral 8 del artículo 134° del RLGP, respectivamente, según modificación del Decreto Supremo N° 017-2017-PRODUCE) se deberá evaluar la responsabilidad subjetiva del administrado, siendo importante en este aspecto que se analice la intencionalidad del infractor en la comisión de la conducta infractora; para ello resulta necesario que se identifique cuál fue la pesca objetivo de la embarcación”.*
- 4.1.20 Con relación a lo mencionado en el párrafo precedente, resulta importante mencionar que en el numeral 2.4.8 del Acuerdo Plenario 001-2018 de fecha 23.07.2018 se ha indicado lo siguiente: *“Teniendo en cuenta ello, se aprecia que la nueva tipificación del **numeral 8** del artículo 134° del RLGP modificado por el D.S. N° 017-2017-PRODUCE vigente a partir del 04.12.2017, ya no menciona literalmente para la conducta de descargar en plantas de procesamiento de CHI recursos o productos hidrobiológicos reservados exclusivamente para el CHD, a los recursos sardina, jurel y caballa, como lo mencionaba el tipo descrito en el numeral 81); por lo que a la luz de dicha modificatoria, se advierte que se tendrá que evaluar para los procedimientos sancionadores en trámite, iniciados al amparo del RISPAC, la intencionalidad del infractor de querer descargar sardina, jurel y caballa, en los Establecimientos industriales pesqueros de CHI, para lo cual deberá analizarse cuál fue la pesca objetivo por parte del infractor; la cual, conforme al glosario de términos del RLGP,*

define como “**Especie Objetivo**” a la especie hidrobiológica sobre la cual se orienta de manera habitual y principal el esfuerzo pesquero. Sobre este último aspecto podemos considerar como criterios que ayudarían a identificar la pesca objetivo, las especies autorizadas en el permiso de pesca y el tipo de red utilizado en la faena de pesca”.

- 4.1.21 Sobre el particular, se precisa que de la revisión del Acta de Inspección de Muestreo 0701-135 N° 000110 de fecha 01.07.2016 se observa que la presencia del recurso hidrobiológico caballa fue de un 27.27%, siendo la pesca mayoritaria el recurso hidrobiológico anchoveta, pues el porcentaje de dicha especie fue de 72.73%, por lo que se colige que el esfuerzo pesquero fue orientado a la extracción de dicho recurso. Además, debe tenerse en cuenta lo mencionado en el numeral 4.1.18 de la presente resolución, en el cual se advierte que el órgano sancionador orienta la configuración de la conducta tipificada en el inciso 81 del artículo 134° del RLGP considerando que en el caso en particular la presencia del recurso hidrobiológico caballa supera el 5% establecido para las especies acompañantes, por lo que se advierte una vulneración al principio de tipicidad, ya que los hechos materia de infracción debieron analizarse bajo el alcance del tipo infractor descrito en el inciso 6 del artículo 134° del RLGP, en el extremo referido a exceder el porcentaje de fauna acompañante.
- 4.1.22 En la línea de lo expuesto, resulta pertinente indicar que la Resolución Directoral N° 2238-2020-PRODUCE/DS-PA de fecha 15.10.2020 archivó los cargos imputados por la Cédula de Notificación de Cargos N° 00640-2020-PRODUCE/DSF-PA en el extremo del inciso 6 del artículo 134° del RLGP “*Exceder los porcentajes establecidos de captura de las especies asociadas o dependientes*”.
- 4.1.23 En consecuencia, por aplicación de la prohibición de la reforma en peor y por las razones expuestas corresponde archivar el procedimiento administrativo sancionador respecto de las infracciones tipificadas en los incisos 1 y 81 del artículo 134° del RLGP.

4.2 Respecto a si corresponde declarar la nulidad parcial de la Resolución Directoral N° 2238-2020-PRODUCE/DS-PA

- 4.2.1 Habiendo constatado la existencia de una causal de nulidad, este Consejo considera que se debe determinar si corresponde declarar de oficio la nulidad parcial de la Resolución Directoral N° 2238-2020--PRODUCE/DS-PA, de fecha 15.10.2020.
- 4.2.2 Al respecto, el numeral 213.1 del artículo 213° del TUO de la LPAG, dispone que se puede declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos cuando se presente cualquiera de los supuestos señalados en el artículo 10° del TUO de la LPAG, aun cuando dichos actos hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público:
- En cuanto al Interés Público, cabe mencionar que de acuerdo a la Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente N° 0090-2004-AA/TC “(...) *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*”.
 - Sobre el particular, se debe indicar que los procedimientos administrativos y sancionadores se sustentan indubitadamente sobre la base del TUO de la LPAG, la cual establece en el artículo III del Título Preliminar que la finalidad del marco normativo de la referida Ley consiste en que la administración pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general.

- c) En ese sentido, el TUO de la LPAG ordena la aplicación de los principios del procedimiento administrativo y los principios de la potestad sancionadora en el ejercicio de la función administrativa, los cuáles actúan como parámetros jurídicos a fin que la Administración Pública no sobrepase sus potestades legales en la prosecución de los intereses públicos respecto de los derechos de los administrados.
- d) Cabe indicar que resulta útil lo señalado por el autor Danós Ordóñez quien indica que: *“la nulidad de oficio es una vía para la restitución de la legalidad afectada por un acto administrativo viciado que constituye un auténtico poder – deber otorgado a la Administración que está obligada a adecuar sus actos al ordenamiento jurídico”*⁶.
- e) En el presente caso, se entiende como interés público el estricto respeto al ordenamiento constitucional y la garantía de los derechos que debe procurar la administración pública, es decir, la actuación del Estado frente a los administrados; siendo que en el presente caso al haberse afectado uno de los principios que sustenta el procedimiento administrativo como es el principio de legalidad y el debido procedimiento, se ha afectado el interés público.

4.2.3 De otro lado, el numeral 213.2 del artículo 213° del TUO de la LPAG, dispone que la nulidad de oficio sólo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad será declarada por resolución del mismo funcionario:

- a) En el presente caso, se debe tener presente que de acuerdo al artículo 126° del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de la Producción, aprobado por Decreto Supremo N° 002-2017-PRODUCE el Consejo de Apelación de Sanciones es el órgano encargado de evaluar y resolver, en segunda y última instancia administrativa, los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones sancionadoras del Sector, conduciendo y desarrollando el procedimiento administrativo correspondiente, con arreglo al TUO de la LPAG y las normas específicas que se aprueben por Resolución Ministerial.
- b) De lo expuesto, el Consejo de Apelación de Sanciones constituye la segunda y última instancia administrativa en materia sancionadora, por lo que es la autoridad competente para conocer y declarar la nulidad parcial de oficio de la Resolución Directoral N° 2238-2020-PRODUCE/DS-PA, de fecha 15.10.2020.

4.2.4 El numeral 213.3 del artículo 213° señala que la facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe en el plazo de dos (02) años, contados a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos:

- a) En cuanto a este punto, se debe señalar que la Resolución Directoral N° 2238-2020-PRODUCE/DS-PA, de fecha 15.10.2020 fue notificada a la empresa recurrente el 23.10.2020.
- b) Asimismo, la empresa recurrente interpuso recurso de apelación en contra de la citada resolución el 12.11.2020. En ese sentido, la Resolución Directoral N° 2238-2020-PRODUCE/DS-PA, no se encuentra consentida por lo cual se encuentra dentro del plazo para declarar la nulidad de oficio.

4.2.5 Por tanto, en el presente caso, en aplicación de los incisos 1 y 2 del artículo 10° de la precitada Ley, corresponde declarar la nulidad de oficio de la Resolución Directoral N° 2238-2020-PRODUCE/DS-PA, de fecha 23.10.2020, en consecuencia, por las razones expuestas en párrafos precedentes corresponde archivar el procedimiento administrativo sancionador en el extremo referido a los incisos 1 y 81 del artículo 134° del RLGP.

⁶ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge: “COMENTARIOS A LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL”. ARA Editores E.I.R.L. Primera Edición. Lima. Julio 2003. Página 257.

4.3 En cuanto a si es factible emitir pronunciamiento sobre el fondo del asunto

- 4.3.1 El artículo 12° del TUO de la LPAG, dispone que la declaración de nulidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha del acto.
- 4.3.2 De otro lado, el numeral 227.2 del artículo 227° del TUO de la LPAG, dispone que cuando la autoridad constate la existencia de una causal de nulidad deberá pronunciarse sobre el fondo del asunto y, cuando ello no sea posible, dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.
- 4.3.3 Por consiguiente, en aplicación de los incisos 1 y 2 del artículo 10° del TUO de la LPAG, y en salvaguarda del interés público que corresponde ser cautelado por toda entidad pública a través de sus actuaciones administrativas, corresponde declarar la nulidad de oficio de la Resolución Directoral N° 2238-2020-PRODUCE/DS-PA y el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador respecto de las infracciones previstas en los incisos 1 y 81 del artículo 134° del RLGP por las razones expuestas.
- 4.3.4 Por otra parte, teniendo en cuenta lo señalado precedentemente, carece de objeto emitir pronunciamiento respecto de los argumentos expuestos por la empresa recurrente en su recurso de apelación.

Finalmente, es preciso mencionar que el numeral 218.2 del artículo 218° del TUO de la LPAG establece que los recursos deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días; sin embargo, el numeral 151.3 del artículo 151° de dicha Ley establece que el vencimiento del plazo para cumplir un acto a cargo de la Administración, no exime de sus obligaciones establecidas atendiendo al orden público y que la actuación administrativa fuera de término no queda afecta de nulidad, salvo que la ley expresamente así lo disponga por la naturaleza perentoria del plazo. En ese sentido, si la Administración no se pronuncia dentro de dicho plazo, el administrado queda habilitado para considerar que su recurso ha sido desestimado (silencio administrativo negativo), conforme a lo dispuesto por el numeral 199.3 del artículo 199° del TUO de la LPAG.

Por estas consideraciones, de conformidad con lo establecido en el TUO del RISPAC, RLGP y el TUO de la LPAG; y,

De acuerdo a las facultades establecidas en el artículo 126° del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de la Producción, aprobado mediante Decreto Supremo N° 002-2017-PRODUCE, así como en el literal e) del artículo 10° del Reglamento Interno del Consejo de Apelación de Sanciones del Ministerio de la Producción, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 378-2021-PRODUCE; el artículo 2° de la Resolución Ministerial N° 517-2017-PRODUCE, y, estando al pronunciamiento acordado mediante Acta de Sesión N° 21-2022-PRODUCE/CONAS-2CT de fecha 28.06.2022, de la Segunda Área Especializada Colegiada Transitoria de Pesquería del Consejo de Apelación de Sanciones, el mismo que fue publicado en el portal web del Ministerio de la Producción el mismo día;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- DECLARAR la NULIDAD DE OFICIO de la Resolución Directoral N° 2238-2020-PRODUCE/DS-PA de fecha 15.10.2020; por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución, en consecuencia, **ARCHIVAR** el Procedimiento Administrativo Sancionador tramitado con el Expediente N° 4756-2016-PRODUCE/DGS respecto de los incisos 1 y 81 del artículo 134° del RLGP.

Artículo 2°. - **DEVOLVER** el expediente a la Dirección de Sanciones - PA para los fines correspondientes, previa notificación a la empresa **PESQUERA DIAMANTE S.A.** conforme a Ley.

Regístrese, notifíquese y comuníquese,

LUIS ANTONIO ALVA BURGA

Presidente

Segunda Área Especializada Colegiada Transitoria de Pesquería
Consejo de Apelación de Sancion