



Resolución Consejo de Apelación de Sanciones

N° 00042-2024-PRODUCE/CONAS-CP

LIMA, 15 de marzo de 2024

- EXPEDIENTE N.°** : 4454-2019-PRODUCE/DSF-PA (Exp. 0005-2023-PRODUCE/CONAS)
- ACTO IMPUGNADO** : Resolución Directoral n.° 04220-2023-PRODUCE/DS-PA
- ADMINISTRADO** : TECNOLÓGICA DE ALIMENTOS S.A.
- MATERIA** : Procedimiento Administrativo Sancionador
- INFRACCIÓN (es)** : Numeral 3 y 11 del artículo 134 del Reglamento de la Ley General de Pesca, aprobado por Decreto Supremo n.° 012-2001-PE y sus modificatorias.
- SANCIONES** : - Por el numeral 3:
Multa: 12,876 UIT
Decomiso: Del recurso hidrobiológico caballa (12,38797 t.)
- Por el numeral 11:
Multa: 27,202 UIT
Decomiso: Del porcentaje de exceso de la tolerancia establecida del recurso hidrobiológico caballa (52,343 t.)
Suspensión de 5 días efectivos de pesca para la extracción de recursos hidrobiológicos.
- SUMILLA** : *Se declara INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto contra la resolución Directoral, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución, quedando agotada la vía administrativa.*

VISTOS:

El recurso de apelación interpuesto por la empresa **TECNOLÓGICA DE ALIMENTOS S.A.**, con RUC n.° 20100971772, en adelante **TASA**, mediante escrito con Registro n.° 00013486-2024, presentado el 26.02.2024; contra la Resolución Directoral n.° 04220-2023-PRODUCE/DS-PA de fecha 19.12.2023.

I. ANTECEDENTES

- 1.1. Mediante Acta de Fiscalización Tolva (Muestreo) – E/P n.° 0218-036-000588 de fecha 05.12.2019, levantada por los fiscalizadores del Ministerio de la Producción; se constató que la EP TASA 53 descargó un peso total de 95,660 t. Al realizarla fiscalización de la citada EP, se obtuvo 78.17% de recurso hidrobiológico caballa; por lo cual, el fiscalizador procede a realizar el muestreo biométrico obteniendo el 100% de ejemplares juveniles, excediendo así la tolerancia establecida. De otro lado, mediante Informe n.° 0053-2022-PRODUCE/DSF-PA-eramirez, de fecha 29.04.2022, se advierte que existirían diferencias significativas entre el 65.22% de pesca incidental declarada por el armador pesquero a través de su Reporte de Calas, y lo obtenido por el fiscalizador, que fue un total de 78.17% de pesca incidental.
- 1.2. Posteriormente, con Resolución Directoral n.° 04220-2023-PRODUCE/DS-PA¹ de fecha 19.12.2023, se sancionó a **TASA** por haber incurrido en las infracciones tipificadas en los numerales 3 y 11 del artículo 134 del Reglamento de la Ley General de Pesca (en adelante RLGP).
- 1.3 Mediante escrito con registro n.° 00013489-2024, presentado el 26.02.2024, **TASA** interpuso recurso de apelación contra la precitada resolución.

II. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD

De conformidad con lo establecido en el numeral 218.2 del artículo 218 y el artículo 220 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante el TUO de la LPAG) Aprobado mediante Decreto Supremo n.° 004-2019-JUS, así como los numerales 29.1 Y 29.2 del artículo 29 del Decreto Supremo n.° 017-2017-PRODUCE y modificatoria, que aprobó del Reglamento de Fiscalización y Sanción de las Actividades Pesqueras y Acuícolas, en adelante el REFSAPA, aprobado por Supremo n.° 017-2017-PRODUCE y modificatoria; corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por el recurrente al cumplirse los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las mencionadas disposiciones.

III. CUESTIÓN PREVIA:

Sobre la solicitud de abstención de la autoridad a cargo de resolver el recurso de apelación

TASA solicita la abstención de los funcionarios firmantes de la RCONAS n.° 150-2023-PRODUCE/CONAS-CP y del Acta n.° 001-2023-PRODUCE/CONAS-PLENO, dado que habrían adelantado opinión respecto a que la administrada debe ser sancionada y a que debe incrementarse la sanción impuesta. Alega que, por decoro, deben abstenerse de participar en la resolución del recurso de apelación, con la finalidad de proteger la imparcialidad del procedimiento. Sustenta dicha petición en el inciso 2 del artículo 99 y el numeral 100.2 del artículo 100 del TUO de la LPAG.

¹ Notificada con fecha 13.10.2023, mediante la Cédula de Notificación Personal n.° 00006689-20223-PRODUCE/DS-PA.

Al respecto, es importante mencionar que la abstención constituye el deber de toda autoridad de apartarse de la resolución de un procedimiento, respecto del cual tenga facultad resolutoria sobre el fondo, siempre y cuando incurra en cualquiera de las causas que la ley determina. Principalmente, a través de la abstención se busca evitar poner en riesgo la imparcialidad de los funcionarios en sus actuaciones.

En nuestra legislación, las causales de abstención se encuentran previstas en el artículo 99° del TUO de la LPAG. Al respecto, TASA acude a los supuestos regulados en los incisos 2 y 6 del citado artículo. En cuanto al primero de ellos, en el extremo que señala: “(...) *si como autoridad hubiere manifestado previamente su parecer sobre el mismo, de modo que pudiera entenderse que se ha pronunciado sobre el asunto (...)*”. Respecto del segundo supuesto: “*Cuando se presenten motivos que perturben la función de la autoridad, esta, por decoro, puede abstenerse mediante resolución debidamente fundamentada (...)*”

De otro lado, Acuerdo² Plenario adoptado por el Pleno del Consejo de Apelación de Sanciones en Sesión de fecha 08.09.2023, al que hace referencia TASA, que expresamente señala:

Acuerdo N° 001-2023

En los casos en que, en la tramitación de los expedientes, se advierta que los órganos de primera instancia han aplicado de modo incorrecto las normas que fijan las sanciones por infracciones a la normativa de pesca, acuicultura, industria o comercio interno, afectando el interés público y el ordenamiento jurídico, corresponde que las áreas especializadas declaren la nulidad de oficio del acto viciado, previo procedimiento establecido en el artículo 213.2 del TUO de la LPAG, disponiendo la devolución del expediente, a fin de que se emita nuevo acto administrativo arreglado a ley.

Es oportuno resaltar que este Consejo, en su calidad de órgano resolutorio y superior, en segunda instancia administrativa, tiene la potestad de revisar los actos administrativos que son de su conocimiento. Asimismo, de verificarse la existencia de vicios graves, cuenta con la facultad de declarar la nulidad de aquellos actos que agraven el interés público o derechos fundamentales y contravengan la constitución, las leyes y ordenamiento jurídico en general. En ese sentido, el citado acuerdo tiene como principal propósito restituir la legalidad en los procedimientos sancionadores y el interés público agraviado; así, de esta forma, a través del ejercicio de su potestad nulificante, generar que el órgano competente, en este caso el de primera instancia, aplique de modo correcto las normas que fijan las sanciones por infracciones a la normativa de pesca, acuicultura, industria o comercio.

Por ello, y contrariamente a lo señalado por TASA, el Acuerdo adoptado por el pleno de este Consejo, de forma alguna se puede considerar adelantamiento de opinión, en relación con la responsabilidad de los administrados frente a las infracciones que se les imputa.

Cabe precisar que, el inciso 2 del artículo 99 del TUO de la LPAG dispone que la autoridad debe abstenerse cuando **sobre el mismo procedimiento** se hubiere manifestado previamente. Lo que implicaría, en el presente caso, haberse pronunciado en primera

² <https://transparencia.produce.gob.pe/images/stories/Repositorio/transparencia/conas/acta-001-2023.pdf>

instancia, sea en su etapa instructora o sancionadora; o haber, en todo caso, emitido pronunciamiento en segunda instancia sobre el fondo del asunto.

Respecto a la decisión de este Colegiado en la RCONAS n.° 150-2023-PRODUCE/CONAS-CP, declarando la nulidad de oficio de la Resolución Directoral n.° 3230-2022-PRODUCE/DS-PA, corresponde acotar que se debió, en estricto, a la verificación de vicios graves e insubsanables. Efectivamente, se observó que la Dirección de Sanciones – PA omitió aplicar las disposiciones legales relativas a las agravantes y reincidencia al momento de determinar las sanciones administrativas correspondientes. Es importante remarcar que la referida nulidad se sustentó en el Acuerdo n.° 001-2023 de este Consejo, y no ha significado un pronunciamiento sobre el fondo del asunto; sino más bien, se ha procurado restituir la legalidad en el presente procedimiento.

En cuanto al inciso 6 del artículo 99 del TUO de la LPAG, no se presenta ningún supuesto que perturbe la función de la autoridad de este colegiado, ni nada que impida el ejercicio de su potestad revisora con total objetividad e imparcialidad.

En este contexto, al haberse expuesto que los integrantes de este Colegiado no se encuentran incurso en ninguna de las causales de abstención previstas en el TUO de la LAPG, corresponde desestimar la solicitud de TASA. En atención a lo señalado, atañe a este Consejo avocarse y pronunciarse respecto al recurso de apelación planteado por TASA, tanto por los deberes que tiene impuestos como las competencias que tiene atribuidas.

IV. ANÁLISIS DEL RECURSO:

A continuación, se analizarán los argumentos de **TASA**:

4.1. Sobre la infracción de brindar información incorrecta

TASA menciona que los muestreos realizados a bordo y durante la descarga, se desarrollan bajo circunstancias y métodos distintos no comparables. Afirma que tanto la autoridad instructora como la sancionadora realizan una interpretación extensiva del supuesto de hecho de la infracción, lo cual está prohibido conforme al principio de tipicidad. Precisa que no está regulado en ninguna norma la exigencia u obligatoriedad de que el resultado del muestreo a bordo deba ser igual al resultado del muestreo realizado al momento de la descarga. Solicita que previo a la emisión de la resolución del CONAS, se le notifique la norma, comunicado o directiva que regula la obligación de que la información consignada en la bitácora electrónica deba coincidir con la realizada en la descarga. Así también sostiene que el Ministerio de la Producción puede elaborar un informe técnico que pruebe que el resultado del muestreo en la descarga debe ser igual al ponderado de los muestreos realizados a bordo.

En el caso particular, la infracción al numeral 3 del artículo 134° del RLGP imputada a TASA prescribe taxativamente como conducta infractora: “Presentar información o documentación incorrecta al momento de la fiscalización o cuando sea exigible por la autoridad administrativa de acuerdo a la normatividad sobre la materia (...)”.

Al respecto, se debe tener en consideración que en virtud de principio de tipicidad a que se refiere el numeral 4 del artículo 248 del TUO de la LPAG, se exige que tanto el hecho típico (conducta determinante de sanción) como su respectiva sanción se encuentren

debidamente descritos en la ley. En el sector pesquero, podemos apreciar que tanto la Ley General de Pesca³ (en adelante LGP) como el RLGP permiten verificar el pleno cumplimiento de dicho principio.

El Decreto Supremo n.° 009-2013-PRODUCE⁴, estableció la obligación de los titulares de los permisos de pesca de informar sobre las zonas, según corresponda, en las que se hubiera extraído o no ejemplares en tallas menores, o especies asociadas o dependientes a la que es materia del permiso de pesca. Dicha información debe remitirse mediante bitácora electrónica u otros medios autorizados

En ese sentido, la bitácora electrónica constituye el medio electrónico que permite el registro y transmisión de la información de la actividad extractiva; ello con la finalidad de establecer medidas para la conservación y aprovechamiento sostenible de los recursos hidrobiológicos.

En esa línea, el numeral 9.7 del artículo 9 Reglamento del Programa de Vigilancia y Control de las actividades pesqueras y acuícolas en el ámbito nacional⁵, establece obligaciones a los titulares de los permisos de pesca. Dentro de ellas, proporcionar toda la información o documentación que les sea requerida.

En consecuencia, queda claramente establecido que TASA sí tenía con la obligación legal de informar el resultado del muestreo biométrico, y consignar dicha información en la bitácora electrónica. Esta, a su vez, constituye declaración de parte que es contrastada al momento de la fiscalización, en el momento en que se realiza la descarga del recurso hidrobiológico.

Como se encuentra acreditado en autos, mediante el reporte de cala (Bitácora Electrónica Web n.° 13918-201912050124), TASA reportó un promedio ponderado de 65.22% de pesca asociada del recurso caballa. Dicha cifra discrepa de porcentaje obtenido por el fiscalizador, quien, de acuerdo a lo consignado en el Parte de Muestreo 0218-036 n.° 0001471, verificó una incidencia de 78.17% del mencionado recurso.

Como puede observarse, la diferencia entre ambas cifras es significativa. El porcentaje que había reportado TASA resultó ser aproximadamente un 20% menor del que verificó luego el fiscalizador del Ministerio de la Producción, alcanzando las 12.38797 t. del recurso hidrobiológico. Por lo demás, si bien no podría exigirse que el resultado de las muestras sea idéntico, lo que razonablemente se espera es que, al menos, sean cercanos, se aproximen. No habiendo ocurrido esto, se ha evidenciado con los medios probatorios aportados por la Administración que desvirtúan la presunción de licitud a favor de TASA, que esta consignó información incorrecta dentro de la bitácora electrónica. Con ello, ha incurrido en la infracción tipificada en el numeral 3 del artículo 134 del RLGP, careciendo de sustento su alegato en contrario.

Por lo demás, siendo TASA una persona jurídica dedicada a la actividad pesquera, se presume conocedora de su régimen legal y por ende de las consecuencias de su incumplimiento. Es este caso, del deber de diligencia elemental para que la información

³ Aprobado mediante Decreto Ley n.° 25977 y sus modificatoria.

⁴ Modificado mediante Decreto Supremo n.° 024-2016-PRODUCE.

⁵ Aprobado por Decreto Supremo n.° 008-2013-PRODUCE

que brinde al Ministerio de la Producción, en el marco de sus obligaciones, sea consistente, suficiente u correcta.

4.2. Sobre la infracción consistente en extraer o descargar tallas menores

TASA alega que el recurso caballa detectado en el muestreo realizado constituye únicamente fauna acompañante y no pesca objetivo. Precisa que su embarcación realizó actividad extractiva de anchoveta y de manera incidental capturó caballa. En ese sentido, resulta errónea la afirmación de la autoridad sancionadora al pretender indicar que se trató de actividad extractiva de caballa. Por esta razón, indica, no debió levantarse el acta de fiscalización respecto del supuesto de captura de tallas menores a las establecidas. Sostiene que los administrados, aun siendo diligentes, no podrían detectar la presencia de pesca acompañante y mucho menos podrían discriminar los ejemplares en tallas menores.

El numeral 4.1 del artículo 4 del Reglamento de Ordenamiento Pesquero de Jurel y Caballa, aprobado mediante Decreto Supremo N° 011-2007-PRODUCE, dispone que la captura de dichos recursos se destinará exclusivamente al consumo humano directo. Dicha norma establece en el numeral 7.6 del artículo 7 la prohibición de la extracción, entre otros, **de ejemplares de caballa inferiores a 29 cm. de longitud a la horquilla** (equivalente a 32 cm de longitud total); permitiéndose una tolerancia máxima de 30% para cada recurso en el número de ejemplares juveniles.

Por su lado, el inciso 3 del artículo 76 de la LGP prohíbe la extracción de recursos hidrobiológicos en tallas menores a la establecida, y el inciso 11 del artículo 134 del RLGP tipifica como infracción exceder los porcentajes establecidos de captura de ejemplares en tallas o pesos menores.

Como está acreditado en autos, el 05.12.2019, se realizó el procedimiento de muestreo biométrico a la descarga efectuada por la embarcación pesquera TASA 53, bajo los alcances de la Norma de Muestreo Biométrico, regulada por la Resolución Ministerial 353-2015-PRODUCE⁶. Sus resultados fueron consignados en el Parte de Muestreo 0218-036 N° 0001471, y evidencian que, de un total de 127 ejemplares de caballa, todos eran de tallas menores a los 29 centímetros. Dicha cifra constituye el 100%, es decir, la totalidad de los ejemplares muestreados, excediéndose en 70% la tolerancia establecida (30%) por la Resolución Ministerial N° 209-2001-PE).

El resultado de la actividad inspectiva también fue consignado en el Acta de Fiscalización 0218-036 N° 000588 de fecha 10.11.2019, suscrita por los agentes acreditados por el Ministerio de la Producción. De dicho documento se advierte que fueron constatados los siguientes hechos:

“(…) Que la E/P descargó un peso total de 95.660 TM en la tolva 1 (…) Al realizar la fiscalización a la E/P TASA 53 con matrícula CO-13918-PM se obtuvo un 78.17% de recurso caballa, por lo cual se realizó el muestreo biométrico del recurso obteniendo el 100% de ejemplares juveniles, lo cual excede el porcentaje de tolerancia establecido según parte de muestreo N° 0218-036-001471(…)”.

De esta manera, se ha evidenciado con las actas citadas supra, que TASA ha incurrido en la extracción del recurso hidrobiológico caballa en tallas menores a las establecidas sobre el

⁶ Norma vigente a la fecha de la comisión de los hechos materia de infracción.

porcentaje de tolerancia máxima de extracción de recurso. Por ello, carece de sustento su alegato de haber actuado lícitamente; siendo más bien que incurrió en la infracción tipificada en el inciso 11 del artículo 134° del RLGP.

4.3. Sobre la nulidad, el interés público, reforma en peor indirecta y la afectación de otros principios.

TASA alega que el CONAS, en vez de resolver su recurso de apelación contra la Resolución Directoral n.° 3230-2023-PRODUCE/DS-PA, decidió declarar su nulidad bajo el supuesto de que la sanción impuesta habría sido diminuta. Señala, además, que la “exhortación” hecha a la Dirección de Sanciones para que aplique debidamente la normativa, ha ocasionado el incremento de la sanción inicialmente impuesta. Ello, refiere, ha significado la instrumentalización de su recurso, con el objetivo de imponer una sanción más grave, contraviniendo el principio de reforma en peor; más específicamente, lo que la doctrina viene en llamar la reforma peyorativa indirecta.

Asimismo, TASA alega que la situación antes expuesta vulnera el principio de imparcialidad, pues la Dirección de Sanciones “se ha visto presionada” a emitir su pronunciamiento conforme al criterio del CONAS. Del mismo modo, repoya la declaración de nulidad porque se estaría afectando el principio de congruencia, que impide resolver cuestiones controvertidas alterando, omitiendo o excediendo lo solicitado por las partes.

Reclama igualmente la afectación del principio de proporcionalidad como complemento del de razonabilidad. Infiere que debería haber un equilibrio de medio y fin, optándose por opciones menos gravosas; en fin, por la interpretación que sea menos lesiva de sus derechos fundamentales. Así, ante la eventualidad de encontrarse ante más de una interpretación, debe preferirse la menos lesiva a los derechos de los administrados como el debido procedimiento y la libertad de empresa.

TASA alega la vulneración a la prohibición de reforma en peor y, con ello, los principios de imparcialidad, licitud, congruencia y el debido procedimiento. Todos ellos están conectados entre sí, a partir de la nulidad declarada por este colegiado de la Resolución Directoral n.° 3230-2023-PRODUCE/DS-PA, al advertir que la multa calculada era diminuta pues no se habían considerado los antecedentes infractores. Por eso, se desarrollarán en conjunto, siempre teniendo como núcleo duro la cuestión de la presunta reforma peyorativa.

La resolución que declaró la nulidad y que luego generó la recurrida, que TASA repoya como atentatoria del principio de reforma en peor, se basó en el agravio al interés público. Por ello, este Colegiado considera importante, de manera previa, recordar, nuevamente, algunos elementos, contenido y alcance de tan importante concepto.

Alcances sobre el interés público como sustento de la declaración de nulidad.

El Tribunal Constitucional respecto al interés público, señala que, como tal, se le denomina:

Al conjunto de actividades o bienes que, por criterio de coincidencia, la mayoría de los ciudadanos estima, meritúa o tasa como “algo” necesario, valioso e importante para la coexistencia social. En otras palabras, todo aquello que, por consenso, se comparte y considera como útil, valioso y hasta vital para la sociedad, al extremo de obligar al Estado a titularizarlo como uno de los fines que debe perseguir en beneficio de sus miembros.

Por tal imperativo, el cuerpo político jamás podrá tener como objetivo la consagración de intereses particulares. En el interés público confluyen las expectativas de la sociedad civil y la actuación del Estado. Elizabeth Salmón [Las acciones de interés público y el derecho internacional de los derechos humanos. En Ensayos de interés público. Gorki Gonzales editor. Lima: PUCP, 2002, págs. 81-82] sostiene que el papel del Estado consiste en reconocer la coincidencia de opinión de los ciudadanos en relación a “algo” considerado como necesario e importante; y en ese contexto crear los instrumentos eficaces de protección e instaurar las acciones que viabilicen la defensa de dicho interés público.⁷

Años después, el mismo Tribunal Constitucional amplió y aclaró el concepto de interés público, equiparándolo al de interés general que, como fin del Estado, corresponde a la Administración Pública su cumplimiento. Así, expresó que:

El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa. La administración estatal, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado teniendo en cuenta la pronta y eficaz satisfacción del interés público.⁸

De otro lado, el Alto Tribunal ha puesto en evidencia la necesidad de declarar la nulidad frente a vicios graves que así lo determinen, pues, dice:

Finalmente, la resolución cuestionada adolece también de falta de motivación, al no acreditar el agravio al interés público, tal como lo exige el artículo 202 numeral 202.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Efectivamente, "(...) no basta que los actos administrativos objeto de la potestad de nulidad de oficio estén afectados por vicios graves que determinen su invalidez absoluta, sino que, además, deben agraviar el interés público (...).⁹

Como vemos, el Interés Público, reflejo del Interés General, contiene las aspiraciones, así como las necesidades de la colectividad, lo cual motiva la acción y la organización de la Administración Pública.

Así, el ejercicio del poder del Estado se legitima únicamente cuando se alinea con estos fines, y la eficacia de su ejercicio se mide por su capacidad para lograrlos. En este sentido, la Administración Pública, como brazo ejecutor del Estado, no el único, pero sí uno muy importante, tiene la responsabilidad crucial de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos y de trabajar activamente para la realización del Bien Común y el Interés General. De este modo, la legitimidad del Estado no solo depende de su capacidad para realizar estos fines, sino también de la percepción de los ciudadanos sobre su eficacia y su compromiso con estos ideales.

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de 15.06.2004. Exp. n.º 3283-2003-AA/TC, fj. 33. (<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/03283-2003-AA.html>)

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional de 05.07.2004. Exp. n.º 0090-2004-AA/TC, fj. 11 (<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>)

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional de 17.08.2004. Exp. n.º 0884-2004-AA/TC, fj. 4 (tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00884-2004-AA.pdf)

En el CONAS tenemos claro que es el ciudadano (administrado) el centro del quehacer y fin estatal. Y que el derecho fundamental a una buena administración es una andadura que tiene todavía mucho por recorrer. Esa buena administración que, a diferencia de otros lares, en nuestro país todavía no terminamos de darle contenido, pero que, sin embargo, puede aparecer (de modo intuitivo al menos) como un elemento clave para la realización del Bien Común y del Interés General; conceptos que constituyen, como está dicho, el fin último del Estado.

La buena Administración, reconocida ya como principio constitucional por el Tribunal Constitucional se refiere a la capacidad del Estado, para actuar de manera eficaz y eficiente en la consecución de sus fines y en la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Su importancia radica en la capacidad de traducir los ideales abstractos del Bien Común e Interés General en políticas y acciones tangibles que beneficien a la sociedad en su conjunto.

En términos más profundos, la buena administración desempeña un papel crucial en la legitimación del Estado y su autoridad. Esto se debe a que la legitimidad del Estado no sólo se basa en su soberanía o en su capacidad para mantener el orden, sino también en su capacidad para promover el bienestar de sus ciudadanos, cumplir con sus expectativas y responder a sus necesidades y demandas de manera justa y equitativa. Así, una administración que no es capaz de cumplir con estos requisitos corre el riesgo de perder su legitimidad ante los ojos de los ciudadanos.

Conviene recordar en este punto, que las actividades de supervisión, fiscalización y sanción que realizan las entidades estatales en el ejercicio del poder del Estado (o también llamado *ius imperium*) generan valor público. En esa medida, son servicios que prestan las entidades públicas, que si bien, en estricto, son distintas a las prestacionales, contribuyen sí al bienestar general de la sociedad. Así lo ha fijado la Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros, mediante la Opinión Técnica Vinculante n.º 001-2023-PCM-SGP-SSAP18 de 21 de abril de 2023, la misma que en virtud de lo dispuesto por el artículo 18.3 del DS 123-2018-PCM "adquiere el carácter obligatorio para todas las entidades".

Es así, en este marco expuesto, que la no consideración de los agravantes o la indebida aplicación de atenuantes a la hora de imponer una sanción agravia al interés público. El procedimiento administrativo sancionador, hemos dicho, produce bienestar y satisfacción en la sociedad, pues esta encuentra que la Administración Pública está protegiendo los recursos naturales, patrimonio de la nación, frente a quienes atentan contra ellos. Confía que se aplicará la ley con toda la severidad que ella prevé. Eso le importa, le interesa a la sociedad.

Si la Administración no lo hace, no se trata de un mero incumplimiento normativo, sino que afecta esa expectativa de la sociedad, a esa confianza en que actuaría de la manera debida, en última instancia, no estaría cumpliendo con su cometido de servir al bien común y al interés público, afectando incluso su legitimidad social.

En este orden de cosas, y en lo que concierne al Ministerio de la Producción, es de interés público, que cumpla con efectividad su función punitiva de las infracciones al ordenamiento acuícola y pesquero. Esto constituye una forma de cautelar y combatir conductas que

afectan los recursos hidrobiológicos que pertenecen a la Nación. Por ello, cuando se deja de aplicar una sanción o esta es diminuta respecto a la prevista en la normativa, el Interés Público se ve afectado. Esto en la medida que la sanción deja de cumplir su función represora y disuasiva, abriendo incluso la posibilidad de que la conducta infractora le resulte más beneficiosa al administrado que el cumplimiento estricto de la ley.

Sobre la nulidad de los actos administrativos y la reforma en peor indirecta

Ahora bien, entrando ya a lo alegado por TASA, debemos empezar diciendo que la *reformatio in peius*, también denominada reforma peyorativa, no solo tiene la condición de principio, sino que se le ha reconocido desde hace mucho como una garantía constitucional implícita. Así es de verse de la STC 1803-2004-AA/TC, donde se ha señalado que:

La prohibición de la reforma peyorativa o *reformatio in peius*, como suele denominar la doctrina, es una garantía implícita en nuestro texto constitucional que forma parte del debido proceso judicial (cf Exp No. 1918-2002-HC/TC) y está orientada precisamente a salvaguardar el ejercicio del derecho de recurrir la decisión en una segunda instancia sin que dicho ejercicio implique correr un riesgo mayor de que se aumente la sanción y haya establecido un sistema de recursos para su impugnación.

(...) la garantía constitucional de la prohibición de reforma peyorativa o *reformatio in peius* debe entenderse como una garantía que proyecta sus efectos también en el procedimiento administrativo sancionador y, en general, en todo procedimiento donde el Estado ejercite su poder de sanción y haya establecido un sistema de recursos para su impugnación.

El numeral 258.3 del artículo 258 del TUO de la LPAG refiere que cuando el infractor sancionado recurra o impugne la resolución adoptada, la resolución de los recursos que interponga no podrá determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado. De ello se desprende que, al resolverse el recurso interpuesto por el administrado, la instancia resolutoria no podría agravar la sanción impuesta. Esto valdría tanto para la resolución de un recurso de reconsideración como para uno de apelación. De este modo, para el caso concreto del CONAS, entonces, conforme al texto de la LPAG, se tiene vetado variar en peor la sanción que hubiere impuesto el órgano de primera instancia, cualquiera sea la razón que ello pudiera justificarlo.

Como una sub especie, la doctrina considera lo que denomina “reforma en peor indirecta”, también proscrita, cuando la Administración, de manera abusiva o engañosa utiliza la vía de la nulidad de oficio, con razones nimias, formalistas e intrascendentes. Así, en vez de responder a razones reales de grave afectación al interés público, los derechos fundamentales y el ordenamiento jurídico, su verdadero objetivo real es la modificación hacia arriba de la sanción.

El presente caso ha transitado por la revisión de legalidad, declaración de nulidad, retrotracción del procedimiento, emisión de nuevo acto administrativo con una sanción más gravosa, hasta su estado actual en que ha sido recurrida. Por ello, y atendiendo a lo alegado por TASA, resulta necesario analizar si con ello se contravino el principio-garantía del non *reformatio in peius* al que hemos aludido anteriormente. Esto es, de modo más específico, lo que la doctrina denomina “reforma peyorativa indirecta”.

La capacidad de revisión y, en su caso, de anulación de los actos emanados de la Dirección de Sanciones de Pesca y Acuicultura, es una competencia que tiene atribuida el CONAS por la LPAG (artículo 231.2), por su condición de órgano de segunda instancia; siendo Órgano superior competente, como lo denomina el epígrafe del Artículo 30 del Reglamento de Fiscalización y Sanción de las Actividades Pesqueras y Acuícolas, aprobado por DS n.° 017-2017-PRODUCE. Esto es así porque corresponde a su naturaleza ser órgano superior jerárquico de las direcciones de sanciones, respecto a los procedimientos administrativos sancionadores en materia de pesca¹⁰ e industrias, dentro del Ministerio de la Producción.

Esta capacidad del CONAS se encuentra también prevista en el artículo 125.2 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de la Producción (aprobado por el DS n.° 002-2017-PRODUCE); así como en el Artículo 60 del Reglamento de Fiscalización y del Procedimiento Administrativo Sancionador del Ministerio de la Producción aplicable a la Industria y Comercio Interno, aprobado por DS n.° 002-2018-PRODUCE. Finalmente, dicha atribución también se encuentra radicada en el artículo 3.b) del Reglamento Interno del Consejo de Apelación de Sanciones del Ministerio de la Producción, aprobado por RM n.° 00378-2021-PRODUCE.

Hay que señalar, finalmente que, en cualquier caso, para que se pueda ejercer la atribución revisora y de anulación deben cumplirse dos condiciones esenciales: 1) que no haya transcurrido más de dos años desde que el acto hubiera quedado consentido y, 2) que se haya agraviado al interés público o se lesionen derechos fundamentales (artículo 213.2 de la LPAG).

Por lo tanto, ha quedado clara la competencia atribuida del CONAS de revisar y declarar la nulidad de los actos administrativos emitidos por la instancia inferior o, incluso, la de sus propios actos. Por eso, ahora es necesario determinar cuáles son las condiciones materiales a cumplir para que se pueda hacer uso de tan excepcional potestad, específicamente el de la nulidad.

Los incisos 1 y 2 del artículo 10 del TUO de la LPAG, disponen como 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; contando la autoridad con la potestad de invalidación ante una circunstancia que vicie el acto en razón de sus facultades.

Al respecto, el numeral 213.1 del artículo 213 del TUO de la LPAG señala que en cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público o lesionen derechos fundamentales.

En efecto, el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, con respecto al Principio de Legalidad, señala que es obligación de las autoridades administrativas sujetar su actuación a la Constitución Política del Perú, la ley y al derecho, dentro de las facultades que les sean atribuidas y de acuerdo con los fines para los cuales les fueron conferidas.

¹⁰ Además de los casos de otorgamiento de beneficios y fraccionamiento

Además, el artículo 86 del TUO de la LPAG establece como deberes de las autoridades y partícipes en los procedimientos administrativos, entre otros, actuar dentro del ámbito de su competencia y conforme a los fines para los que les fueron conferidas sus atribuciones. Asimismo, desempeñar sus funciones siguiendo los principios del procedimiento administrativo previstos en el Título Preliminar de la mencionada norma e interpretar las normas administrativas de forma que mejor atienda el fin público al cual se dirigen.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en la STC 2235-2004-AA/TC¹¹ tiene dicho que:

(...) el principio constitucional de buena administración, implícitamente constitucionalizado en el Capítulo IV del Título II de la Constitución. En lo que aquí interesa poner de relieve, dicho principio quiere poner en evidencia no sólo que los órganos, funcionarios y trabajadores públicos sirven y protegen al interés general, pues “están al servicio de la Nación” (artículo 39° de la Constitución), sino, además, que dicho servicio a la Nación ha de realizarse de modo transparente (...).

Así tenemos, por un lado, el principio constitucional implícito que prohíbe a una segunda instancia administrativa reformar peyorativamente la sanción impuesta a un administrado luego que este la hubiere recurrido; y de otro, el principio también constitucional de buena administración que implica que la Administración debe servir al interés general.

Según **TASA** el primero debe prevalecer. Es más, añade que la prohibición no solo impide que la segunda instancia realice la reforma peyorativa, sino que, incluso, una nulidad generada por aquella no podría derivar en un agravamiento de la sanción originalmente impuesta. Si bien en su recurso de apelación la recurrente no aporta mayores elementos que sustentan su posición, refiere sí, que “para efectos prácticos, se ha instrumentalizado el recurso de apelación para anular la resolución de primera instancia con el objetivo de imponer una sanción más gravosa, a pesar de la propia naturaleza del recurso interpuesto.”¹²

Es, en todo caso, en su escrito de fecha 24 de octubre de 2023, presentado como descargos a la Carta n.° 0204-2023-PRODUCE/CONAS-CP por la que se inició el procedimiento de nulidad de la Resolución Directoral n.° 3230-2023-PRODUCE/DS-PA. Allí cita como respaldo de su dicho, al profesor Morón Urbina¹³, quien tiene escrito que la prohibición de reforma en peor supone una “(...) limitación a que una condición o el estatus jurídico del recurrente resulte desmejorado o empeorado a consecuencia exclusivamente de la revisión producida por una impugnación del administrado”. Refiere luego que la prohibición alcanza también a la reforma peyorativa indirecta.

Sobre la cita del profesor Morón Urbina debemos decir que no está completa. **TASA** olvida u omite completar lo que dicho autor ha referido y que, incluso, tiene directamente que ver con el punto que nos ocupa, esto es, la ponderación entre reforma peyorativa y la capacidad anulatoria. Así, completando la cita, allí se señala a continuación que:

La inclusión dentro de nuestro ordenamiento de la prohibición de la reformatio in peius no quiere decir de modo alguno que las autoridades superiores queden vinculadas por lo resuelto por las autoridades inferiores y con ello, afectar la viabilidad del control

¹¹ Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02235-2004-AA.pdf>

¹² Recurso de Apelación, pág. 3

¹³ Pág. 17

interno que el recurso permite a las autoridades superiores. Lo que se busca es proteger al administrado, pero no anular la potestad superior de revisión. Por ello, la autoridad superior que percibe la existencia de vicios o defectos en la resolución del inferior puede recurrir a las técnicas de revisión de oficio (nulidad de oficio, revocación, etc.) o disponer la instauración de un procedimiento de oficio para analizar el caso.¹⁴

De esta forma, como resulta palpable, el propio autor citado por **TASA** señala con claridad que la prohibición de la reforma en peor no significa de modo alguno una limitante en la capacidad revisora y de nulidad de que dispone la instancia superior.

De otro lado, en el mismo escrito aludido supra, la recurrente pretende apoyar su posición citando al profesor Guzmán Napurí¹⁵, haciéndole decir que la reforma en peor aplicaría, en el presente caso, como una reforma indirecta. Así, transcribe el siguiente texto del autor: “Ahora bien, no es aplicable esta prohibición ante supuestos de nulidad del acto administrativo impugnado en donde la autoridad administrativa debe resolver nuevamente y donde es posible que la sanción aplicada sea más grave.”

Sin embargo, tal como como ocurrió con la cita del profesor Morón Urbina, la que hace la recurrente de Guzmán Napurí, también es incompleta. Así, el texto completo del autor en el que hace referencia a la reforma en peor es el siguiente:

(...) cuando el infractor sancionado recurra o impugne la resolución adoptada, la resolución de los recursos que interponga no podrá determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado. Esta previsión impide que se genere la llamada *reformatio in peius*, que consiste en la modificación de la resolución recurrida en perjuicio del administrado. Si bien esta es una norma general del procedimiento administrativo recursal, también debe tenerse en cuenta su especial virtualidad a nivel del derecho administrativo sancionador.

Ahora bien, no es aplicable esta prohibición ante supuestos de nulidad del acto administrativo impugnado en donde la autoridad administrativa debe resolver nuevamente y donde es posible que la sanción aplicada sea más grave. **Ello dado que la nulidad genera que el procedimiento se retrotraiga al momento en que se generó el vicio.** (Énfasis agregado).

Como se desprende del texto completo transcrito, el autor refiere al principio general de la prohibición de reforma peyorativa; pero, limita su alcance en el supuesto de la nulidad del acto administrativo que requiera un nuevo pronunciamiento. Es decir, precisamente el supuesto del presente caso.

De otro lado, en el mismo escrito arriba citado, **TASA** hace referencia a pronunciamiento de la Corte Suprema respecto a la prohibición de la reforma en peor y su alcance. Sin embargo, debemos precisar que tal referencia alude a un caso penal, en el que operan otras normas que regulan de modo específico este asunto. Además, si bien el proceso penal y el procedimiento administrativo sancionador tienen abundantes lugares comunes, no todos

¹⁴ Morón Urbina, Juan Carlos. “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Texto Único Ordenado de la Ley N°. 27444”. Tomo II. Décimo sexta edición. Año 2021. Editorial Gaceta Jurídica: Lima, p.544. El resaltado y subrayado es nuestro.

¹⁵ Pág. 18

los principios y reglas que los rigen resultan ser aplicables, sin más, para ambos. La doble instancia, el informalismo, el impulso de oficio, son ejemplos de ello.

En lugar de mostrar fallos referidos a la reforma peyorativa en el ámbito penal, podemos mostrar, para mejor ilustración, pronunciamientos judiciales recientes, pero más precisamente referidos a los procedimientos administrativos sancionadores. Así, por ejemplo, lo expresado por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Sentencia de **CASACIÓN N.º 24459-2018 LIMA**¹⁶, de fecha **09.03.2021**, donde estableció de manera bastante clara que:

(...) **7.2** (...) Al respecto, el Tribunal Constitucional nacional ha dejado establecido que: (...) la garantía constitucional de la prohibición de reforma peyorativa o reformatio in peius debe entenderse como una garantía que proyecta sus efectos también en el procedimiento administrativo sancionador y, en general, en todo procedimiento donde el Estado ejercite su poder de sanción y haya establecido un sistema de recursos para su impugnación. (...)

7.3. Así pues, conforme al marco normativo, jurisprudencial y doctrinal, con la prohibición de la reforma peyorativa se impide que la Administración, en caso de que el infractor sancionado recurra o impugne la resolución resultante de un procedimiento sancionador, pueda empeorar su actual situación, evitando que **al momento de emitir pronunciamiento respecto de los recursos administrativos se agrave la sanción impuesta al infractor**; es decir, impide ante la imposición de una sanción, empeorar aún más la situación jurídica del administrado ya resuelta por un acto administrativo que ha sido recurrido, **sin que ello importe mutilar al órgano revisor de la potestad de revisión de oficio**, como ya se ha dejado establecido. (énfasis de este Colegiado Supremo).

7.4. En ese sentido, si bien la norma contenida en el numeral 237.3 del artículo 237° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, previene que cuando el infractor sancionado recurra o impugne la decisión adoptada, **la resolución del recurso que interponga no podrá determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado**, también lo es que en el caso que nos convoca el **Consejo Directivo del OSIPTEL no aumentó la multa impuesta de 31 Unidades Impositivas Tributarias, sino que en estricta observancia de la facultad conferida** por el numeral 201.1 del artículo 201° de la referida Ley, concordante con lo previsto por el numeral 217.2 del artículo 217° de la misma Ley N° 27444, **declaró la nulidad de oficio parcial de la Resolución N° 71 3-2013-GG/OSIPTEL, por las consideraciones ya anotadas en el fundamento inmediato anterior (indebido otorgamiento de beneficios para la reducción de la multa a Telefónica del Perú), a fin que la Gerencia General del OSIPTEL emita nuevo pronunciamiento corrigiendo el vicio incurrido, verificándose de ello que lo resuelto por la autoridad administrativa no importa material ni legalmente una situación desventajosa para la entonces administrada, ni que a partir de dicha actuación pueda sostener una eventual afectación al debido proceso y el conjunto de derechos que lo conforman, como el derecho de defensa, pues a partir del nuevo pronunciamiento de la Gerencia General tenía expedido el derecho para impugnarlo**, como efectivamente lo hizo, con la presentación de su recurso de apelación contra la Resolución N° 1006-2013-GG/OSIPTEL de fecha once de diciembre de dos mil trece, el cual fue resuelto

¹⁶ Disponible en: <https://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/ServletDescarga?uuid=db111030-5c24-4dd3-8d74-4bcbc6990658>

mediante Resolución de Consejo Directivo N° 021-2014-CD/OSIPTTEL, que confirma la responsabilidad administrativa por la infracción incurrida al no haberse desvirtuado la misma, dándose además por agotada la vía; por lo expuesto, la infracción bajo examen es **infundada (...)** (énfasis de este Colegiado Supremo).

Otro caso reciente, que es menester referir, es la sentencia recaída en el **expediente 2872-2019**, emitida el **11.05.2022** por la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con sub especialidad en temas de mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima¹⁷. En esta, resulta significativo cómo es que la judicatura razona sobre la existencia de la prohibición de la reforma peyorativa, pero que la misma, en los procedimientos administrativos sancionadores sí admite, excepcionalmente, el incremento de la sanción, por un interés superior, como sería la vulneración del interés público. **Este agravio, a decir de la Sala, tendría que ser real y concreto al interés general, “como, por ejemplo, al tesoro público, al medio ambiente, entre otros”**. De lo contrario no se podría admitir una reforma en peor:

DÉCIMO TERCERO: Lo señalado, no significa desconocer las facultades que tiene la autoridad que conoce del recurso –en el procedimiento sancionador- para detectar y enmendar los errores que no fueron advertidos por el órgano emisor de la resolución impugnada, pues al estar sometida la Administración al principio de legalidad, la instancia revisora se encuentra obligada a corregir los vicios existentes que atenten contra las normas procedimentales o sustantivas, ya sea pronunciándose ella misma al respecto o anulando el acto impugnado a efecto de que se emita una decisión; sin embargo, en ninguno de dichos casos se puede agravar la situación del recurrente (por ejemplo, imponiendo una sanción mayor a la primigeniamente impuesta), pues ello atendería contra la prohibición de reforma en peor.

En ese sentido, no es que se recorten las facultades de la autoridad revisora respecto a su obligación de verificar la validez del acto administrativo impugnado y, por ende, que quede indefectiblemente sujeta a la decisión de la primera instancia, aún si la misma contiene vicios; sino que se reconoce que el derecho a recurrir del administrado, como manifestación de su derecho constitucional de defensa, no puede ser relativizado al permitirse que con su ejercicio se agrave su situación.

En todo caso, el único supuesto en el que podría admitirse que se emita un pronunciamiento en perjuicio del apelante sería a través de una nulidad de oficio, la misma que, como es lógico, debe sustentarse en el agravio al interés público que causa la resolución que se impugna.

En efecto, solamente acreditando un interés superior, como la vulneración al interés público, es que puede permitirse que la autoridad que emite la nueva decisión, como consecuencia de la declaración de nulidad decretada por el órgano revisor, imponga una sanción mayor a la que impuso inicialmente en el acto impugnado por el administrado sancionado. (énfasis agregado).

¹⁷ <https://jurisprudenciatributariomercado.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/faces/page/resultado.xhtml#no-back-button>. Ya, en la sumilla del fallo, la Sala tiene adelantado su contundente aserto: “En principio, resulta contrario a la prohibición de reforma en peor aplicar una sanción superior a la que se impuso en la resolución que fue impugnada y anulada a causa del procedimiento recursivo promovido por el propio sancionado. Solo cuando la nulidad se sustenta en la vulneración al interés público, es que puede permitirse que la autoridad que emite la nueva decisión, como consecuencia de la declaración de nulidad decretada por el órgano revisor, imponga una sanción mayor a la que impuso inicialmente en el acto impugnado”

Y, cuando decimos interés público, no nos estamos refiriendo a la mera invocación de la afectación de la legalidad, sino que debe demostrarse el agravio real y concreto al interés general de la comunidad, como, por ejemplo, al tesoro público, al medio ambiente, entre otros; siendo que, si no se acredita ello, no podría efectuarse una reforma en peor al momento de fijar el monto de la sanción.

De acuerdo a lo mostrado, la doctrina y la judicatura tienen pronunciamientos alineados al modo en el que el CONAS ha entendido el principio de la prohibición de la reforma peyorativa, y que no limita sus competencias de revisión y declaración de nulidad. Abundando a estos, también encontramos la posición similar de otros órganos administrativos colegiados que en instancia definitiva resuelven procedimientos administrativos sancionadores. Así, por ejemplo, lo son OSIPTEL, el Tribunal de Fiscalización Ambiental y el Tribunal de la Superintendencia Nacional de Salud-SUSSALUD.

En cuanto a OSIPTEL, este criterio lo tiene fijado desde antiguo. Baste mencionar la Resolución de Consejo Directivo n.º 123-2016-CD/OSIPTEL, de 6.10.2016¹⁸, cuando en un caso muy parecido al presente, ese colegiado señaló que *“la aplicación incorrecta de los límites máximos y mínimos de las infracciones administrativas calificadas como muy graves y leves que prevé la LDFF, trasciende al resto de empresas operadoras e, indirectamente, a los usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones”*. Es decir, que no es una cosa banal, implicante solamente al ámbito privado del administrado, sino más bien es una cuestión de *“interés público que los administrados, en general, tengan la certeza que los operadores jurídicos de la norma aplicarán las consecuencias legales que corresponden a la naturaleza jurídica de la infracción respecto de la cual se ha determinado la existencia de responsabilidad administrativa”*. Agrega a ello, no sin razón que:

Lo contrario implicaría admitir que las autoridades administrativas podrían, ante un mismo supuesto de hecho, aplicar en algunos casos, sanciones ajustadas a lo dispuesto en las normas y, en otros, imponer sanciones por debajo de lo señalado en las mismas, contraviniendo con ello los Principios de Legalidad y Seguridad Jurídica. (Énfasis agregado).

En la misma resolución, a continuación, se declara que la prohibición de la reforma peyorativa establecida en la LPAG:

(..) no implica que la autoridad jerárquica superior durante el ejercicio de su labor revisora se encuentre vinculada a lo resuelto por la primera instancia, más aún cuando de dicha labor pueda advertir la existencia de vulneraciones al ordenamiento jurídico.

Debe recordarse que, en atención al Principio de legalidad, las autoridades administrativas se encuentran sujetas al respecto a la Constitución, la ley y el derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas. (Énfasis agregado).

Así también, tenemos que el mismo OSIPTEL ha reiterado, igualmente apoyándose en lo expuesto por el profesor Morón Urbina de manera completa (como hemos hecho líneas arriba) que:

es a todas luces claro que la sanción establecida por la Resolución N° 1006-2013-GG/OSIPTEL, en atención a lo resuelto por el artículo 3° de la Resolución N° 146-2013-CD/OSIPTEL, **no transgrede la prohibición de reforma en peor.** (Énfasis agregado).

¹⁸ Publicada en separata especial del boletín de normas legales del 19.10.2016

En efecto, **el vicio que pretendió enmendar el Consejo Directivo a través de la declaración de nulidad de oficio –en ejercicio de su potestad de revisión de oficio, no constituyó un mero defecto de forma del procedimiento administrativo;** sino que la Resolución N° 713-2013-GG/OSIPTEL **contenía defectos sustanciales respecto a lo valoración de determinados hechos, que conllevó a la aplicación indebida del régimen del beneficios del RFIS hacia TELEFÓNICA, generando se establezca una multa menor a dicha empresa, cuando no existía asidero jurídico para ello.** (Énfasis agregado).

Por lo anterior, se concluye que la Resolución N° 1006-2013-GG/OSIPTEL no contraviene lo normado por el numeral 237.3 del artículo 237° de la LPAG.¹⁹

Por su lado, el **Tribunal de Fiscalización Ambiental** ha asumido la misma línea argumental de este colegiado, esto es que la prohibición de reforma en peor no impide ni limita sus competencias revisoras o anulatorias. Para el efecto, aun cuando esto lo tiene fijado desde hace mucho tiempo, nos basta mostrar algunas resoluciones emitidas hace solo unos meses.

Así tenemos la Resolución n.° 529-2023-OEFA/TFA-SE de 09.11.2023, donde refiere, apoyándose en la legislación peruana y en la doctrina, que:

la nulidad de un acto conlleva su desaparición a tal punto, que es como si dicho acto no hubiera existido. De esta manera, al haberse declarado la nulidad de la RTD 1015-2022 en el extremo de la multa impuesta al recurrente, no cabe considerar que se haya incurrido en un supuesto de reforma en peor, pues no existe multa previa con la que se pueda comparar la impuesta mediante la RD 0175-2023. (Énfasis agregado).

En esa misma línea, este colegiado, en la Resolución n.° 642-2023-OEFA/TFA-SE de 19.12.2103 se declara lo siguiente:

para este Colegiado no se producirá la contravención al principio de prohibición de reforma en peor ante la declaración de nulidad de una resolución que previamente impuso una sanción, habida cuenta que con dicho pronunciamiento se produjo que los efectos del mencionado acto desaparezcan, no existiendo fundamento para asignar ultraactividad a la sanción fijada en la resolución anulada.

66. Conforme a lo previamente expuesto, **la nulidad de la Resolución Directoral produjo que sus efectos desaparezcan, y por lo tanto que, respecto de la sanción, esta se considere por no impuesta, en ese sentido, para esta Sala no se ha vulnerado el principio de reforma en peor,** siendo válido el pronunciamiento emitido en la Resolución Directoral II.

67. En ese sentido, contrariamente a lo señalado por el recurrente, en el presente caso, no corresponde estimar la pretensión solicitada dado que no se ha vulnerado el principio de prohibición de reforma en peor consagrado por el ordenamiento jurídico vigente. (Énfasis agregado).

¹⁹ Resolución de Consejo Directivo n.° 021-2014-CD/OSIPTEL. En <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1530228/N%C2%BA%20021-2014-CD/OSIPTEL%C2%A0.pdf?v=1609881346>. Hay que decir que esta resolución fue la que se atacó judicialmente a través del contencioso administrativo y culminó con la Casación 24459-2018 LIMA, citada *ut supra*.

Por último, igualmente, manteniendo el mismo criterio, el Tribunal de Fiscalización Ambiental, en la Resolución n.º 660-2023-OEFA/TFA-SE DE 28.12.2023 ha resuelto que:

la declaración de nulidad del acto administrativo, basada en una constatación de vicios que afectan su validez, retrotrae sus efectos hasta el momento mismo en el que el acto nació o sufrió del vicio que lo afecta.

37. Lo indicado se condice con el numeral 2 del artículo 17 del TUO de la LPAG, el cual establece que la declaratoria de nulidad no solo supone la extinción del acto, sino que surte sus efectos desde su nacimiento, con carácter declarativo y efectos ex tunc, de lo cual se deriva que su declaratoria implica la nulidad de todas las actuaciones posteriores vinculadas, las que deben retrotraerse al momento en que se dictó el acto viciado, acorde con el numeral 1 del artículo 13 del TUO de la LPAG.

40. Por lo expuesto, **este Tribunal considera que la multa determinada mediante la RD 1711-2023 no vulneran el principio de reforma en peor, pues la declaración de nulidad de la multa determinada con la RD 1250-2021 produjo que sus efectos desaparezcan.** (Énfasis agregado).

En cuanto al Tribunal de SUSALUD podemos mencionar la Resolución n.º 002-2023-SUSALUD/TRI-TSE de fecha 06.01.2023, en la que, luego de considerar distintas disposiciones de la LPAG y la doctrina, asegura que:

el acto expresamente declarado nulo pierde toda fuerza vinculante para los particulares y para el personal al servicio de la Administración Pública, respecto de los cuales incluso se dispone de manera imperativa la obligación de oponerse a todo intento de ejecución del acto invalidado. Declarado nulo el acto desaparece la presunción de validez. (Énfasis agregado).

De este modo, concluye, el acto declarado nulo:

no tiene existencia jurídica por la propia declaratoria de su nulidad, la sanción contenida en dicha resolución tampoco tiene existencia”; y la nueva evaluación realizada y su consiguiente decisión de sanción **“no guarda ninguna relación con la sanción de multa anteriormente impuesta, razón por la cual no se aprecia la vulneración de la garantía de “interdicción a la reformatio in peius”.** (Énfasis agregado).

Como hemos visto y por todas las consideraciones expuestas, se puede concluir que, al disponer la nulidad de oficio del acto administrativo sancionador, el CONAS no hizo sino ejercer su potestad de invalidación. Ello, tuvo como único objeto, el de restituir la legalidad afectada por un acto administrativo viciado e insubsanable y que agravaba al interés público. Y, cuando el órgano de primera instancia, en estricta aplicación de la normativa vigente, determinó que la sanción que correspondía aplicar a **TASA** resultaba mayor a la aplicada en la resolución anulada, no hizo sino otra cosa que cumplir con su deber.

4.4. Sobre el criterio de reincidencia, su aplicación retroactiva y la normativa que debió aplicarse.

TASA alega una indebida aplicación de la reincidencia, siendo, además, a su criterio, manifiestamente ilegal y desproporcionada. Señala que la regla de reincidencia no se debe basar, como lo hace la apelada, en la responsabilidad general de la empresa por todas sus unidades operativas, que incluye la totalidad de sus embarcaciones y plantas pesqueras.

Refiere que, históricamente, las normas relacionadas con la reincidencia en el sector, han previsto que esta se aplique sobre la misma embarcación o planta objeto de imputación en el nuevo procedimiento administrativo sancionador. Menciona al respecto el artículo 9 del Decreto Supremo n.° 013-2003-PRODUCE y los artículos 2 y 3 del Decreto Supremo n.° 018-2001-PRODUCE. En ambos se estableció como condición para la reincidencia que en la infracción repetida se hubiese utilizado la misma embarcación o planta pesquera. Es por ello, agrega, que utilizar como referente la infracción cometida por cualquier embarcación o planta resulta ser antitécnico y contrario a la naturaleza particular del sector.

Señala que solo de la manera propuesta puede resultar razonable y proporcional asumir la figura de la reincidencia. De lo contrario, por ejemplo, cuando tuviera que aplicarse la sanción por una cuarta infracción repetida, la consecuencia sería la cancelación de la licencia de una flota entera de embarcaciones y todas las plantas pesqueras de una empresa. En cambio, si en la reincidencia solo se involucra a la embarcación, solo a ella implicaría una eventual sanción de cancelación del derecho administrativo o licencia.

Finalmente, sobre este punto, agrega que, si bien la normativa actual no lo especifica de modo expreso, la interpretación congruente y lógica de las disposiciones citadas nos conduce a ello. Lo contrario sería desconocer una interpretación sistemática de la normativa, así como el marco jurídico histórico del sector pesquero.

De otro lado, TASA afirma que cuando ejecutó la conducta calificada como infractora se encontraba vigente un criterio de interpretación que luego fue modificado. En tal virtud, en aplicación del principio de irretroactividad, tal nuevo criterio solo debería aplicarse a futuro, siendo ilegal que se utilice a situaciones preexistentes.

TASA repoya la decisión de este colegiado respecto a aplicar la reincidencia utilizando el factor de mismo sujeto infractor (administrado) y no el de misma embarcación o planta pesquera. Se funda para ello en razones de interpretación histórica y sistemática de la regulación, así como en la presunta contravención de los principios de proporcionalidad e irretroactividad.

En cuanto a lo primero, **TASA** recurre a la cita de algunas disposiciones que estuvieron vigentes en el tiempo y que por determinados periodos establecieron de manera expresa que el factor reincidencia se debía aplicar atendiendo a la misma embarcación o planta pesquera. Al final, termina aseverando que, como “se desprende de las normas históricas citadas..., la reincidencia en el sector pesquero únicamente es aplicable si la reiteración de infracciones es cometida por la misma embarcación o establecimiento pesquero”²⁰

Sin embargo, lo afirmado en este punto por **TASA** no se condice con la realidad. Esto es verificable a partir de la lectura de las disposiciones legales que regularon la reincidencia de forma vinculante al régimen pesquero, durante los últimos treinta años (1994-2024); periodo de tiempo que resulta razonable pues empieza con el primer reglamento de la Ley General de Pesca, aprobado el año 1994. Solo una revisión exhaustiva de la normativa podrá decirnos si, históricamente, prevaleció el entendimiento del factor reincidencia en la forma que alega la recurrente.

En cuanto régimen general de los procedimientos administrativos, aplicable primero de forma supletoria y luego de modo principal, la reincidencia ha tenido pocos cambios:

²⁰ Recurso de Apelación, pág. 39

- Ley 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General (año 2001):

Texto original:

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

3. Razonabilidad .- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad , el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y **la repetición en la comisión de infracción.**"

- 1ra. Modificación realizada mediante Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1029 (año 2008)

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

3. Razonabilidad .- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

(...)

c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;" (Énfasis agregado).

- 2da. Modificación realizada mediante Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272 (año 2016):

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

3. Razonabilidad .- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

(...)

e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción."

Como vemos, la disposición fue perfeccionándose en el tiempo, pero nunca necesitó una especificación respecto a si la reincidencia se refería al sujeto infractor o al medio usado

por este para su accionar ilícito. Para nosotros resultaba tan evidente que el texto de la ley se refería a lo primero que no necesitaba ningún tipo de aclaración. Es más, ese es el modo en que se entiende y rige en todos los sectores donde se aplica.

Ahora bien, si vemos de modo más específico la reincidencia en el régimen pesquero ya el asunto cambia, pues advertimos que ha tenido diverso tratamiento normativo, no siempre lineal o progresivo. Es así que mostramos a continuación las disposiciones que sobre ella han tratado durante los últimos 30 años:

- DS 001-94-PE Reglamento de la Ley General de Pesca (Reglamento anterior) (año 1994):

Texto original

Artículo 192.- Las sanciones a que se refiere el Capítulo III del Título XI de la Ley y que deriven de las infracciones en que incurran las personas naturales y jurídicas, serán impuestas por la Comisión a que se refiere el Artículo precedente, sobre la base de evaluar las consideraciones siguientes:

(...)

d) Reincidencia o reiteración en la infracción

Derogado y sustituido por el DS 002-99-PE (año 1992):

Artículo 19.- La reincidencia ocurrida dentro del año contado a partir de la fecha en que se cometió la primera infracción, será sancionada con el doble de la multa que corresponda imponer y, cuando corresponda, con el doble de la suspensión de los derechos administrativos de los que fuere titular el infractor.

- DS 012-2001-PE Reglamento de la Ley General de Pesca (año 2001):

Texto original

“Artículo 145.- Reincidencia

En los casos de reincidencia ocurrida dentro del año contado a partir de la fecha en que se sancionó la primera infracción, se aplicará el doble de la multa que corresponda imponer y, en su caso, con el doble de la suspensión de los derechos administrativos de los que fuere titular el infractor.”

1ra. Modificación realizada mediante Artículo 1 del Decreto Supremo N° 015-2007-PRODUCE (año 2007):

“Artículo 145.- Reincidencia

En los casos de reincidencia ocurrida dentro de los dos años, contados a partir de la fecha de notificación de la resolución sancionadora firme o consentida en la vía administrativa, se aplica el doble de la multa que corresponde imponer, y en su caso, con el doble de la suspensión de los derechos administrativos de los que fuese titular el infractor.

El plazo establecido en el párrafo precedente no es de aplicación a las infracciones graves contempladas en el reglamento correspondiente; en estos casos, tratándose de una segunda reincidencia, se cancela definitivamente el derecho otorgado.”

2da. Modificación realizada al segundo párrafo mediante Artículo 1 del Decreto Supremo N° 005-2008-PRODUCE (año 2008):

Tratándose de una segunda reincidencia en la comisión de infracciones graves dentro de los cinco (5) años de la fecha de notificación de la primera resolución sancionadora firme o consentida, se cancela definitivamente el derecho otorgado.

3ra. Modificación realizada mediante Artículo 3 del Decreto Supremo N° 016-2011-PRODUCE (año 2011):

Artículo 145.- Reincidencia.

En los casos de reincidencia en la comisión de infracciones graves, ocurrida dentro de los dos años, contados a partir de la fecha de notificación de la resolución sancionadora firme o consentida, en la vía administrativa, se cancela definitivamente el derecho otorgado. En caso de reincidencia de otro tipo de infracciones, se aplicará el doble de la multa que corresponde imponer; y en su caso, el doble de la suspensión de los derechos administrativos de los que fuese titular el infractor.

4ta. Modificación realizada mediante Artículo 2 del Decreto Supremo N° 018-2011-PRODUCE (año 2011):

Artículo 145.-Reincidencia

Cuando se incurra más de dos veces en la comisión de la misma infracción grave, con resolución sancionadora firme o consentida en la vía administrativa, dentro de los dos años de notificada la primera resolución, se cancelará el derecho administrativo otorgado. En caso de reincidencia de otro tipo de infracciones se aplicará el doble de la multa y, en su caso, el doble del período de suspensión de derechos, que corresponde imponer de acuerdo al Cuadro de Sanciones del Reglamento de Inspecciones y Sanciones Pesqueras y Acuícolas. **En caso se haya cometido la infracción a través de determinada embarcación o planta pesquera, se considerará reincidencia cuando las infracciones se efectúen con la misma embarcación o planta pesquera según corresponda.** (Énfasis agregado).

5ta. Modificación realizada mediante la Única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Supremo N° 017-2017-PRODUCE (año 2017):

Única. - Modificación del Reglamento de la Ley General de Pesca aprobado por Decreto Supremo N° 012-2001-PE Modificase los artículos ... y el artículo 145 del Reglamento de la Ley General de Pesca, aprobado por el Decreto Supremo N° 012-2001-PE, con los textos siguientes:

Artículo 145.- Reincidencia

La reincidencia se aplica según lo dispuesto en el literal e) del numeral 3 del artículo 246 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS. (Énfasis agregado).

- DS 008-2002-PE antiguo Reglamento de Inspecciones y del Procedimiento Sancionador de las Infracciones en las Actividades Pesqueras y Acuícolas (año 2002), **derogado el 2007 por el RISPAC:**

Artículo 37.-Reincidencia

En los casos de reincidencia ocurrida dentro del año contado a partir de la fecha en que se sancionó la primera infracción, se aplicará el doble de la multa que corresponda imponer y, en su caso, con el doble de la suspensión de los derechos administrativos de los que fuese titular el infractor.

El plazo establecido en el párrafo precedente no será de aplicación a las infracciones graves contempladas en el Artículo 29 del presente Reglamento; en estos casos, tratándose de una segunda reincidencia se cancelará definitivamente el derecho otorgado en los casos que corresponda.

Para considerar que existe reincidencia en la comisión de una infracción, deberán cumplirse las siguientes condiciones:

- a) Que se trate de la misma persona natural o jurídica.
- b) Que se incurra en la misma acción tipificada como infracción sancionada dentro de los plazos correspondientes.

1ra. Modificatoria realizada, incorporando el párrafo c), mediante Artículo 9 del Decreto Supremo N° 013-2003-PRODUCE (año 2003):

c) Que se hubiese utilizado el mismo medio para la comisión del ilícito, sea la misma embarcación pesquera o el mismo establecimiento industrial pesquero. (Énfasis agregado).

2da. Modificatoria (derogación) realizada mediante artículo 3 del Decreto Supremo N° 006-2007 RISPAC (año 2007):

Deróguese el Decreto Supremo N° 008-2002-PE..., los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12 y 13 del Decreto Supremo N° 013-2003-PRODUCE (...)

Este conjunto de disposiciones citadas ha resultado extenso, pero creemos que aun así ha sido necesario para un mejor entendimiento de la cuestión de marras. Nos permite ver que, durante los últimos 30 años, en algunos periodos de tiempo, la normativa pesquera llegó a establecer de modo expreso que el factor de reincidencia se aplicaba a la misma embarcación o planta pesquera.

Sin embargo, esto solo ha sido por un corto periodo de tiempo. Así tenemos que, entre 1994 y 2024, solo entre los años 2003 a 2007 y 2011 a 2017 estuvo vigente dicho criterio. El resto del tiempo no. Es decir, de los treinta años de ese periodo, solo 10, la tercera parte, estuvo vigente.

En otras palabras, el resto del tiempo, incluyendo los últimos 7 años hasta la fecha, se ha mantenido el criterio general de entender la reincidencia en su sentido natural, general y común, es decir, aplicable al mismo infractor que comete la misma infracción.

Sobre el devenir histórico de la reincidencia en la normativa pesquera también es del caso mencionar las razones que se dieron en su tiempo, por las que, en el RISPAC, el año 2007, se derogó la regulación especial. Según la profesora Drago, **dichas normas “no cumplían su objetivo de desincentivar la comisión de infracciones”**²¹. Es más, agrega:

²¹ Ina María Drago Ludowieg, «Régimen Sancionador Pesquero Comentarios al Nuevo Reglamento de Inspecciones y Sanciones Pesqueras y Acuícolas |», *Revista de Derecho Administrativo* 4 (2008): 128.

resultaba poco probable que una embarcación y/o establecimiento pesquero incurriera en una segunda reincidencia, puesto que en el caso que hubiera cometido una primera reincidencia, es decir que la embarcación y/o establecimiento pesquero hubiera cometido una misma infracción por segunda vez luego de haber sido sancionada previamente por la comisión de esa misma infracción, la respectiva embarcación y/o establecimiento era inmediatamente transferida por su propietario a una persona natural o jurídica distinta.²²

De esta forma, concluye la citada autora, **“según información proporcionada por los propios funcionarios del Ministerio de la Producción, no existe antecedente de caso alguno en que un Permiso de Pesca y/o Licencia de Operación haya sido cancelado”**²³, como resultado de imposición de sanciones en aplicación de la citada norma.

Es decir, la razón de haberse dejado de lado esa especie de régimen especial para la reincidencia en la regulación pesquera, y vuelto al régimen general, habría sido que se le había vaciado de contenido, desnaturalizándose de tal modo que devino en impracticable. De facto había desaparecido. No hay que olvidar que la aplicación de la reincidencia tiene por objeto desincentivar la comisión de infracciones, agravando la punición de estas ante su repetida comisión. Se quiere así, disuadir al infractor, influyendo en su comportamiento a través de una sanción agravada, para proteger de este modo a los afectados por esa conducta indeseada que, al final de cuentas, resulta ser la sociedad.

Respecto del último cambio habido, esto es la modificación que hace el REFSAPA al artículo 145 del RLGP, producida el año 2017, en que remite la cuestión de la reincidencia a la LPAG, desde el punto de vista de este colegiado debe ser leído como un retorno a los orígenes. Efectivamente, entenderse como una vuelta a aquel estado, si se quiere “natural” u “ordinario” y que de manera general se ha asumido a la reincidencia: un factor que penaliza al infractor pertinaz, a aquel que, a pesar de haber sido ya sancionado, persiste en su actitud infractora. El REFSAPA quería adecuarse a los cambios introducidos en la LPAG, que ahora ya traía condiciones de materia, plazo y estado del antecedente (cosa que antes no había hecho); pero ninguna de ellas, obviamente, referidas a cambiar al agente infractor por el medio empleado.

Así, es el sujeto el infractor, es el sujeto el reincidente, y es en él mismo en quien debe recaer la severidad incrementada de la sanción, con ocasión de la reincidencia. En este caso, no importa el medio utilizado para la comisión del ilícito sino la infracción repetida y el sujeto (administrado) que realiza el acto.

Contrario a ello, la recurrente pretende que la derogación de la normativa especial y la remisión a la general común, que es la LPAG, sea asumida como la intención del legislador de mantener el régimen anterior. Y eso es inaceptable desde el punto de vista de la coherencia, la congruencia y el sentido común.

De esta manera, lo alegado por **TASA** respecto a que a partir de una interpretación histórica la reincidencia debe ser entendida por la embarcación o planta pesquera, queda desvirtuada.

TASA también alega llegar a la misma conclusión desde una interpretación sistemática. Para ello echa mano de algunas disposiciones del REFSAPA a partir de las cuales podría alcanzar resultados desproporcionados y desorbitantes. Señala que, por ejemplo, si se mantuviera

²² Drago Ludowieg, 128.

²³ Drago Ludowieg, 128.

el factor de reincidencia por infractor, cuando deba aplicarse una sanción por cuarta reincidencia, el resultado sería la cancelación del derecho administrativo otorgado. Con ello, afirma, “nos enfrentaríamos a un escenario insostenible, a partir del cual una flota entera de embarcaciones y todas las plantas de una empresa se verían expuestas por la infracción cometida por solo una de dichas unidades.”²⁴

Más bien, refiere que, con una apreciación integral de la normativa pesquera, se tiene que los títulos habilitantes se encuentran siempre ligados a una embarcación pesquera específica, de allí que por una cuestión de congruencia y razonabilidad el parámetro a considerar para medir la reincidencia debía ser la participación individual de cada embarcación; y lo mismo para las plantas pesqueras.

Lo alegado por **TASA** en su apelación (desarrollado aún más en el informe oral en el que participó su abogada acreditada), a entender de este colegiado, no resulta coherente, lógico ni razonable.

Antes que nada, debemos decir que no corresponde pronunciarnos sobre un supuesto caso de cuarta reincidencia y en la que podría aplicarse la sanción de **“cancelación del derecho administrativo otorgado”**. Hasta ahora el CONAS no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre un supuesto de ese tipo y, en todo caso, cuando llegue, lo hará, atendiendo a los hechos y el derecho que resulte del caso a resolver. Sin perjuicio de ello y sin que implique adelantamiento de opinión, creemos que existe espacio legítimo para afirmar, *prima facie*, que la interpretación que hace **TASA** de los términos “cancelación del derecho administrativo otorgado”, si bien es posible y la más radical y fatalista, no es la única.

Miremos por ejemplo la sanción de “suspensión del derecho administrativo” ¿de qué manera se ejecuta? ¿se suspenden las actividades de toda la flota pesquera y establecimientos de la empresa? O solo está referida a la embarcación o planta con la que se cometió la infracción que amerita ser sancionada con la suspensión. ¿cuál interpretación sería la más razonable, proporcional y coherente con el ordenamiento pesquero? ¿cuál interpretación permite, al tiempo de sancionar con severidad al infractor pertinaz, mantener la integridad, razón de ser y consistencia de la reincidencia como mecanismo disuasor y represor de conductas infractoras pertinaces?

En este punto, también queda desvirtuada la presunta afectación de los principios de proporcionalidad y congruencia. Además de descartar que una interpretación sistemática de la norma nos conduzca al resultado propuesto por la recurrente.

En cuanto a la reincidencia, **TASA** también señala que, para la aplicación del agravante, indebidamente se ha considerado una resolución que versa sobre el numeral 38 del artículo 134 del Reglamento de la Ley General de Pesa; y, el presente procedimiento administrativo sancionador es iniciado por haber incurrido en la infracción prevista en el numeral 3 de la misma disposición reglamentaria, por lo que no resultarían ser la misma infracción.

Al respecto, el mencionado reglamento establecía, con la modificación introducida en el numeral 38) fue modificado por el Decreto Supremo n.º 015-2007-PRODUCE, como infracción la conducta de suministrar información incorrecta o incompleta a las autoridades competentes, o negarles acceso a los documentos relacionados con la actividad pesquera, cuya presentación se exige. De otro lado, actualmente el mismo reglamento, pero esta vez

²⁴ Recurso de Apelación, pág. 37

en el numeral 3) establece como infracción la presentación de información o documentación incorrecta al momento de la fiscalización o cuando le es exigible por la autoridad administrativa de acuerdo con la normatividad.

De lo expuesto precedentemente, se evidencia que, si bien no tienen una redacción idéntica, ambos tipos infractores se refieren al mismo bien jurídico protegido y reprimen el mismo tipo de conducta, por lo que, lo alegado por la recurrente, en este aspecto carece de sustento.

4.5. Sobre el presunto cambio de criterio en la aplicación del factor reincidencia

En otro orden de cosas, **TASA** también ha alegado que el órgano sancionador y, especialmente el CONAS, tienen un nuevo criterio interpretativo respecto de la reincidencia, y lo están aplicando retroactivamente, lo cual se encuentra proscrito.

Sobre esto, debemos reiterar enfáticamente que **este Consejo de Apelación de Sanciones NO HA CAMBIADO DE CRITERIO.** Tampoco ha interpretado las normas sectoriales sobre reincidencia de un modo nuevo, distinto. Para el CONAS las normas son claras. Antes del año 2017 para el factor reincidencia debía considerarse que la infracción sea cometida con la misma embarcación o planta. Después de ese año, con la entrada en vigencia del REFPASA, ya no. Ese régimen especial cesó. La reincidencia se aplica, conforme a la normativa general, al administrado, al infractor pertinaz, al contumaz; independientemente del medio empleado.

TASA entiende, equivocadamente, como “cambio de criterio”, el que el CONAS haya advertido que, en algunos casos, el órgano de primera instancia estaba aplicando de manera indebida el factor reincidencia o los antecedentes en los agravantes y atenuantes. Pero estos errores nunca estuvieron relacionados con la aplicación de dicho factor a la embarcación o al administrado. Siempre, la referencia a antecedentes infractores, estuvo ligada a los sujetos, sean personas naturales o jurídicas. Por lo demás, **en la totalidad de las resoluciones sancionadoras, las referencias a los antecedentes siempre aludieron a los administrados y nunca consideraron la embarcación o planta para la determinación de ese factor.** Esto es una verdad evidente; y lo es de tal modo que la recurrente no ha podido mostrar un solo caso en el que Administración haya resuelto de la manera que alega. En otras palabras, no ha podido probar su tan mentado supuesto “cambio de criterio” de la Administración.

Entonces, en lo que respecta al alegado supuesto cambio de criterio de la Administración, también ha quedado desvirtuado.

4.6. Sobre deficiencias en la aplicación de la reincidencia por la infracción del numeral 11 (antes numeral 6) del artículo 134 del RLGP.

La Dirección de Sanciones ha aplicado, como se advierte de la resolución recurrida, el agravante del 100% por la doble reincidencia detectada en la comisión de la infracción establecida en el numeral 11 del artículo 134 del RLGP.

Sin embargo, de la revisión de nuestro registro de resoluciones emitidas por este Consejo, tenemos que, adicionalmente a ellas, **TASA** cuenta con tres reincidencias más, producidas dentro del año anterior a la comisión de la infracción materia del presente procedimiento. Ellas son, RCONAS 1413-2018-PRODUCE/CONAS-UT y 1415-2018-PRODUCE/CONAS-UT, ambas notificadas el 28.12.2018 y la RCONAS 198-2019-PRODUCE/CONAS-UT notificada el

21.02.2019; todas ellas por la infracción establecida en el numeral 6 del artículo 134 del RLGP.

La Dirección de Sanciones no ha tomado en cuenta estos tres antecedentes al momento de fijar el quantum de la sanción de multa, pues el artículo 36.2 de la REFSAPA es claro a la hora de establecer su determinación. De allí que esta ha resultado diminuta respecto a lo que realmente correspondía; pasando lo mismo con el tiempo que debía fijarse en la sanción de suspensión. Así, en vez del incremento de la multa al 100% como se le aplicó, correspondía más bien el 400%. De este modo, la multa debió ascender a 56,346 UIT por el numeral 11 del artículo 134 del RLGP, esto en vez de 27,202 UIT como se le ha aplicado. De ello ha resultado una multa no cobrada ascendente a 29,144 UIT, que en valores actuales asciende a aproximadamente S/ 150,000 soles.

De ordinario, correspondería a este Colegiado, como órgano superior y en ejercicio de sus competencias atribuidas, habiéndose agraviado el interés público y contravenido el ordenamiento jurídico, declarar la nulidad de la recurrida; ello con el objeto que el inferior emita una nueva resolución, esta vez, acomodada a ley. Sin embargo, dados los plazos, ello sería imposible pues, de declararse la nulidad se produciría automáticamente la prescripción y, generaría la impunidad del acto ilícito.

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

De acuerdo a la facultad establecida en el artículo 126 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de la Producción, aprobado mediante Decreto Supremo n.° 002-2017-PRODUCE; el numeral 4.2 del artículo 4 del TUO de la LPAG; el artículo 3 de la Resolución Ministerial n.° 190-2013-PRODUCE, el artículo 5 de la Resolución Ministerial n.° 228-2015-PRODUCE y el artículo único de la Resolución Ministerial n.° 468-2022-PRODUCE; y, estando al pronunciamiento acordado mediante Acta de Sesión n.° 012-2024-PRODUCE/CONAS-CP de fecha 15.03.2024, del Área Especializada Colegiada de Pesquería del Consejo de Apelación de Sanciones;

SE RESUELVE:

Artículo 1°. - **DECLARAR INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la empresa **TECNOLOGICA DE ALIMENTOS S.A.** contra la Resolución Directoral n.° 04220-2023-PRODUCE/DS-PA de fecha 19.12.2023. En consecuencia, **CONFIRMAR** la sanción de decomiso impuesta, y las multas correspondientes a las infracciones tipificadas en los incisos 3 y 11 del artículo 134 del RLGP, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°. - **DECLARAR** que la presente Resolución agota la vía administrativa, no procediendo ningún recurso en esta vía.

Artículo 3°. - **REMITIR** copia de la presente resolución al Despacho Viceministerial de Pesca y Acuicultura, a fin de que tome conocimiento de los hechos expuestos en el acápite 4.6, y disponga, de ser el caso, el inicio de las acciones de responsabilidad para dilucidar las causas de la inacción administrativa.

Artículo 4°. - **DEVOLVER** el expediente a la Dirección de Sanciones de Pesca y Acuicultura, para los fines correspondientes, previa notificación a la empresa **TECNOLOGICA DE ALIMENTOS S.A.** de la presente Resolución conforme a Ley.

Regístrese, notifíquese y publíquese,

DAVID MIGUEL DUMET DELFIN

Presidente

Área Especializada Colegiada de Pesquería
Consejo de Apelación de Sanciones

ROSARIO EMPERATRIZ BENAVIDES PÓVEDA

Miembro Titular

Área Especializada Colegiada de Pesquería Consejo
de Apelación de Sanciones

LUIS ANTONIO ALVA BURGA

Miembro Titular

Área Especializada Colegiada de Pesquería
Consejo de Apelación de Sanciones