



Roj: SAN 4018/2012
Id Cendoj: 28079230012012100395
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 14/2012
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO - APELACION
Ponente: MARIA LUZ LOURDES SANZ CALVO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA EN APELACION

Madrid, a tres de octubre de dos mil doce.

Visto por la Sección Primera de la **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional en grado de apelación el recurso número **14/2012**, interpuesto por la entidad **HERMANOS GANDON S.A.** representada por la Procuradora Sra. Barreiro Tejeiro contra la sentencia dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número nueve de Madrid en fecha ocho de septiembre de dos mil once , en el Procedimiento Ordinario número 17/2010; ha sido parte apelada, el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 9 de Madrid se dictó en fecha ocho de septiembre de dos mil once, en el Procedimiento Ordinario número 17/2010, sentencia por la que se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad Hermanos Gandon S.A., contra la resolución del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino de fecha 24 de febrero de 2009, que confirma en alzada la resolución del Director General de Recursos Pesqueros de 14 de mayo de 2008.

SEGUNDO .- Contra dicha sentencia se interpuso por la representación procesal de la entidad Hermanos Gandon S.A., recurso de apelación que fue admitido en ambos efectos en el que solicita que se dicte sentencia dejando sin efecto la resolución del Director General de Recursos Pesqueros de 14 de marzo de 2008, revocando las resoluciones impugnadas por ser nulas y no conforme a derecho, declarándose asimismo la nulidad del expediente sancionador, ordenando su sobreseimiento y consecuentemente la improcedencia de las sanciones impuestas, condenando a la Administración a estar y pasar por ello, con imposición de costas.

Escrito de interposición del recurso que se dio traslado a la parte apelada, presentado la Abogacía del Estado escrito impugnando el recurso interpuesto, elevándose las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Nacional.

TERCERO .- Una vez recibidos los autos en esta Sección, se formó el presente Rollo, registrado con el número 14/2012, señalándose para votación y fallo el día 26 de septiembre de 2012.

Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D^a. **LOURDES SANZ CALVO** .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia de instancia declara ajustada a derecho la resolución del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino de fecha 24 de febrero de 2009, que confirma en alzada la resolución del Director General de Recursos Pesqueros de 14 de mayo de 2008, recaída en el expediente sancionador 44/2007, que acuerda imponer a D. Luis Andrés , patrón del pesquero "Punta Robaleira" (sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de la empresa armadora Hermanos Gandón S.A.), una sanción de 30.000 #, con accesoria de decomiso del importe de las capturas cifrado en 29.000 #, por la comisión de una infracción administrativas en materia de pesca marítima de carácter grave, tipificada en el artículo artículo 96.1 l) de la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado .

El artículo 96.1.I de la Ley de Pesca Marítimo del Estado tipifica como infracción: " *No cumplir el Diario de Pesca o la declaración de desembarque, o hacerlo alterando los datos relativos a las capturas, al esfuerzo de pesca o infringiendo la normativa en vigor, así como no llevar a bordo el citado Diario* ". En concreto lo que se imputa es la alteración de datos consignados en el Libro Diario relativos a las capturas, al anotarse en dicho Libro cantidades de las especies fletán negro, granadero y bacalao, que no se corresponden con las verificadas por los inspectores y que superan los límites de tolerancia establecidos del 8% para fletán negro en caladeros NAFO y 20% en los caladeros NEAFC.

La parte recurrente fundamenta su recurso de apelación en los siguientes motivos: a) que el Delegado de Gobierno carecía de competencia para incoar el citado procedimiento; b) vulneración de las normas de la práctica de la prueba en el procedimiento administrativo e inexistencia de infracción; c) vulneración del principio de legalidad en lo que respecta a la sanción de decomiso; d) infracción del principio de proporcionalidad; e) nulidad de las medidas provisionales acordadas; e) fijación de la cuantía del procedimiento en 65.000 #.

SEGUNDO.- Comenzando por el primer motivo de impugnación, cabe señalar que se trata de una cuestión que fue suscitada en primera instancia y tratada correctamente por la sentencia apelada, como seguidamente se argumentará.

Insiste el apelante en que en el momento en que se cometieron los hechos no existía en el ámbito sancionador pesquero, norma alguna que atribuyera al Delegado de Gobierno la competencia para iniciar procedimientos sancionadores cuando se trate de infracciones de carácter grave, pues si el RD 1330/1997, de integración de servicios periféricos y de estructura en las Delegaciones de Gobierno, hubiera querido atribuir tales competencias lo haría de forma expresa, del mismo modo que lo hace para las sanciones graves. Añade en esta alzada, que existía una laguna que ha venido a ser cubierta por el RD 747/2008, por el que se establece el Reglamento del régimen sancionador en materia de pesca marítimo en aguas exteriores, que establece los órganos competentes en esta materia y otorga expresamente esta competencia a los Delegados de Gobierno de la comunidad autónoma donde el buque tenga su puerto base, norma que no es aplicable por ser posterior en el tiempo.

La Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, se refiere en su artículo 23 a las competencias de los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas, entre las que cita en el punto 7 " *Ejercer las potestades sancionadoras, expropiatorias y cualesquiera otras que les confieran las normas o que les sean desconcentradas o delegadas* ".

Precepto que la sentencia de instancia conecta con el Real Decreto 1330/1997, de 1 de agosto, de integración de servicios periféricos y de estructura de las Delegaciones del Gobierno, cuyo artículo 5.5 establece que corresponderán a los Delegados del Gobierno en relación con los servicios integrados del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, entre otras, en el apartado b) " *La adopción de las resoluciones que procedan como consecuencia de las actuaciones de inspección de los servicios técnicos correspondientes, a propuesta de éstos, salvo las actuaciones de sanidad exterior que, en todo caso, serán coordinadas por el Delegado del Gobierno* ".

Resulta claro a tenor del citado precepto, que la única decisión que puede adoptar a la vista de las actuaciones de inspección es si procede o no el inicio del procedimiento sancionador.

Por otra parte en cuanto a la invocación del Real Decreto 747/2008, por el que se establece el Reglamento del régimen sancionador en materia de pesca marítimo en aguas exteriores, señalar que no viene a colmar una laguna sobre el particular sino, como se indica en su Exposición de Motivos, a efectuar una " *regulación completa del procedimiento sancionador en materia de pesca marítima, en aras a configurar un marco unitario debido a varios factores que confluyen en el procedimiento. En primer lugar, las propias características de la tramitación de los procedimientos y la asignación funcional que se produce en dicha tramitación. Es decir, nos encontramos ante un procedimiento complejo que cuando se trata de infracciones graves y muy graves el acuerdo de iniciación del mismo se adopta por los Delegados del Gobierno en las comunidades autónomas y la instrucción se efectúa asimismo en dicho ámbito. En cambio su resolución (...) Por ello (...) se ha optado por tratar de configurar un marco unitario* ".

Es decir, en la citada Exposición de Motivos se viene a reconocer que la competencia para incoar procedimiento sancionador por una infracción grave, como el que nos ocupa, venía atribuida a los Delegados de Gobierno, lo que no viene sino a reforzar la argumentación de la sentencia apelada.

TERCERO.- Respecto a la vulneración de las normas de la práctica de la prueba en vía administrativa, esgrime que el interesado tiene derecho a intervenir en la práctica de determinadas pruebas, en particular en

las declaraciones de los funcionarios instructores que son de vital importancia, practicándose dicha prueba sin comunicárselo y darle la posibilidad de intervenir, generándole indefensión.

Se trata de una cuestión examinada por la sentencia de instancia en cuyo Fundamento de Derecho Quinto, razona que no cabe apreciar indefensión pues se dio ocasión a la recurrente para que propusiera los medios de prueba que estimó pertinente para su defensa, constando así en el escrito de alegaciones al acto de inicio del expediente, practicándose la que se propuso, prácticamente en los mismos términos que se solicitó.

Simplemente añadir que los Inspectores de la Secretaria General de Pesca Marítima que intervinieron en la inspección del buque, contestaron a las preguntas que la propia parte les formuló por escrito, que participó de ese modo en la práctica de la citada prueba, debiendo subrayarse que el interrogatorio de los citados inspectores se ciñó a las preguntas que la hoy recurrente les planteó, por lo que ninguna indefensión material se le ha generado.

Sobre la inexistencia de infracción, aduce que la sentencia impugnada no hace referencia alguna a dicha cuestión pese a que se en la demanda se razonaba que no había conducta infractora, reiterando los argumentos expuestos en la demanda.

Sin embargo, de la lectura de la sentencia de instancia se constata que aborda dicha cuestión en el citado Fundamento de Derecho Quinto, en el sentido de estimar acreditada la infracción apreciada tomando en consideración para ello el acta de los Inspectores de la Secretaria General de Pesca Marítima y el informe que se acompaña a la misma.

Alude la apelante, dentro del citado motivo, y en referencia con el fletán negro (GHL), que al final de la descarga se detectó por la armadora que el personal del frigorífico donde se estaba verificando la descarga "Frigoríficos del Morrazo S.A." no estaba diferenciando en las pesadas de GHL las que se correspondían con el caladero NAFO (margen de tolerancia 8%), de las del caladero NEAFC (margen de tolerancia 20%), lo que comunicó a los inspectores por fax el 9 de noviembre de 2007, es decir, una vez finalizada la descarga, por lo que efectúa una nueva una reclasificación de las capturas de GHL en ambos caladeros con arreglo a la cual estarían dentro de los límites de tolerancia permitidos en dichos caladeros y no existiría infracción.

Alegato que no sirve para desvirtuar la valoración de las pruebas efectuada por la sentencia apelada. Así, debe señalarse respecto de las actas de inspección que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6.3 del RD 176/2003, de 14 de febrero, por el que se regula el ejercicio de las funciones de control e inspección de las actividades de pesca marítima, tendrán valor probatorio de los hechos recogidos, sin perjuicio claro está, de las pruebas que en defensa de sus derechos e intereses puedan aportar los particulares, sin que en este caso la prueba practicada por la actora desvirtúe lo consignado en dicho acta. Obra al folio 154 del expediente las contestaciones de los Inspectores de la Secretaria General de Pesca Marítima a las preguntas formuladas por la hoy apelante, que ponen de relieve lo siguiente: al comienzo de la descarga se dan instrucciones al armador para que las capturas de los caladeros NAFO y NEAFC deben ser clasificadas por separado, siendo clasificadas separadamente (2 líneas de clasificación); que sin embargo, puntualmente y no con carácter recurrente, se detectó que 3 palets no fueron clasificados correctamente, siendo de inmediato reclasificados. Es decir, se subsanaron de inmediato los errores de clasificación advertidos, por lo que carece de virtualidad el fax enviado al día siguiente por la recurrente y la reclasificación postulada no realizada en presencia de los inspectores.

En resumen, del acta e informe de los inspectores se constata una diferencia, que se refleja en el cuadro inserto en la resolución del recurso de alzada, entre el número o cantidad real de las especies que se reflejan en el Diario de Pesca, en cada uno de los caladeros (NAFO y NEAFC) y la constatada por la inspección. Diferencia que supera el margen de tolerancia admitido, el 8% para el fletán negro para la zona NAFO y 20% para la zona NEAFC, habiendo precisado los inspectores que de acuerdo con el Reglamento (CE) nº 2015/2006, del Consejo, no se fijan posibilidades de pesca para la especie granadero TSU, resultando acreditada la infracción tipificada en el artículo 96.1.l) de la Ley 3/2001.

CUARTO.- En cuanto a la sanción accesoria del decomiso, el Artículo 101 de la Ley de Pesca marítima del Estado, contempla dentro de las sanciones que pueden aplicarse por la comisión de las infracciones previstas en dicha Ley: " e) *decomiso de productos y bienes* ".

Por su parte, el artículo 103, que se refiere a sanciones accesorias en materia de pesca marítima en aguas exteriores, dispone en su apartado 1, que las infracciones graves, además de la multa correspondiente, podrán ser sancionadas con una o varias de las siguientes sanciones accesorias en función de las circunstancias concurrentes, entre las que cita: " c) *Decomiso de los productos o bienes obtenidos en la*

comisión de las infracciones previstas en el artículo 96, apartados 1.a), 1.b), 1.c), 1.f), 1.g), 1.h), 1.l), 1.m), 1.q), 1.r), 1.s), 2.a), 2.c), 2.d), 2.e), 2.f), 2.g), 3.a), 3.b), 3.c) y 3.d)".

Se trata por tanto de una sanción accesoria, contemplada por la Ley para una serie de infracciones, entre las que se citan las apreciadas por la resolución administrativa inicialmente impugnada.

La apelante aduce que el decomiso no de las capturas obtenidas ilícitamente, sino de su valor, vulnera el citado artículo 103.3 de la Ley de Pesca marítima del Estado, lo que no se comparte por cuanto el decomiso del valor de las citadas capturas es en definitiva el de los efectos o utilidad derivada de la infracción, de los que se priva al infractor al haber sido ilícitamente obtenidos. Interpretación que no sólo se ajusta al tenor de la norma sino también a la normativa comunitaria (véase por ejemplo el artículo 44 del Reglamento (CE)I 41/2007, por el que se establecen para 2007 las posibilidades de pesca y las condiciones correspondientes para determinadas poblaciones y grupos de poblaciones de peces, aplicables en aguas comunitarias, y en el caso de los buques comunitarios en las demás aguas, donde sea necesario establecer limitaciones de capturas) que dispone que las autoridades competentes de los Estados miembros velaran porque se prive al responsable del beneficio económico derivado de la infracción.

Por otra parte, la valoración del exceso de las capturas de fletán negro (zona NAFO) que sobrepasan el 8% de la diferencia entre lo desembarcado y lo consignado en el Diario de pesca, se ha efectuado por la Dirección General de Recursos Pesqueros aplicando un precio de 3,0268 #/Kg, inferior a los 3,32 # que indica la hoy apelante.

QUINTO.- Considera también la actora que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad al haberse impuesto una sanción de multa de 30.000 # desproporcionada.

El principio de proporcionalidad, como señala la **STS, Sala 3ª, de 3 de diciembre de 2008 (Rec. 6602/2004)** es el principio fundamental que late y preside el proceso de graduación de las sanciones e implica, en términos legales, que debe de existir una " *debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada* " (artículo 131.3 de la Ley 30/19992).

En el caso de autos el artículo 102.2 LPME.

El importe de la sanción es de 30.000 #, el artículo 102.2 de la Ley de Pesca Marítima del Estado dispone que " las infracciones graves serán sancionadas con multas que van de 301a 60 . 000 #,". En el caso de autos la multa se ha impuesto en el tramo medio, considerándose proporcionado a la gravedad de los hechos, teniendo en cuenta la diferencia existente entre las cantidades consignadas en el Diario y las realmente capturadas especialmente en lo que se refiere al fletán negro obtenido en el caladero NAFO que está sometido a un plan de recuperación según el Reglamento CE 2115/2005.

SEXTO.- Reitera también la nulidad de las medidas cautelares con los mismos argumentos expuestos en primera instancia que son desestimados por la resolución recurrida. Efectivamente, las medidas se adoptaron no sólo conforme a la normativa aplicable que prevenía dicha posibilidad sino también por el órgano competente, con arreglo al artículo 93.1 de la Ley de Pesca marítima del Estado, que atribuye dicha competencia a las autoridades competentes en materia de pesca marítima y a los agentes y autoridades que actúen por delegación o en virtud de cualquier otra forma jurídica. Medidas que se adoptaron motivadamente, y con la finalidad de asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, con el amparo del artículo 93 y del artículo 94 in fine de la Ley de Pesca marítima del Estado, sin que quepa apreciar vulneración procedimental alguna.

SÉPTIMO.- En cuanto a la cuantía del procedimiento que la apelante considera ha sido erróneamente fijada en la sentencia en 65.000 #, señalar que mediante providencia de fecha 21 de septiembre de 2010 -folio 98- se rectificó el error padecido en el auto de fecha 9 de julio de 2010 (que la fijó en 65.000 #) y fija la cuantía en 59.000 #, por lo que al amparo del artículo 267.3 LOPJ procede corregir el error material observado en la sentencia de instancia, en el sentido de fijar la cuantía del procedimiento en 59.000 #.

OCTAVO.- La desestimación del recurso conlleva, al amparo del artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional , la imposición al apelante de las costas procesales derivadas del mismo.

FALLAMOS

DESESTIMAR

el recurso de apelación interpuesto por la entidad **HERMANOS GANDON S.A.** representada por la Procuradora Sra. Barreiro Tejeiro contra la sentencia dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso-



Administrativo número nueve de Madrid en fecha ocho de septiembre de dos mil once , en el Procedimiento Ordinario número 17/2010; con imposición de costas a la parte apelante.

Notifíquese esta resolución a las partes con indicación de su firmeza.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia en audiencia pública. Doy fe. Madrid a
LA SECRETARIA JUDICIAL

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ