



Roj: **STSJ GAL 6550/2021 - ECLI:ES:TSJGAL:2021:6550**

Id Cendoj: **15030330022021100515**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **2**

Fecha: **01/12/2021**

Nº de Recurso: **4160/2019**

Nº de Resolución: **558/2021**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA AZUCENA RECIO GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.2

A CORUÑA

SENTENCIA: 00558/2021

Procedimiento Ordinario nº 4160/2019

EN NOMBRE DEL REY

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Ilmos. Sres. Magistrados

D^a. MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ (Presidenta)

D. JOSÉ ANTONIO PARADA LÓPEZ

D. JULIO CÉSAR DÍAZ CASALES

En la ciudad de A Coruña, a 1 de diciembre de 2021.

En el recurso contencioso-administrativo que con el número 4160/2019 pende de resolución en esta Sala, interpuesto por PARTE DEMANDANTE: Eliseo Procuradora Dña.: ANA MARIA TEJELO NUÑEZ Abogado D.: JUAN FERNANDO OTERO LOURIDO, que fue sustituido por la Letrada D^a ESTHER LÓPEZ CONDE. PARTE DEMANDADA: CONSELLERÍA DO MAR Abogado: LETRADO DE LA XUNTA DE Galicia. Contra Resolución de la Secretaria Xeral Técnica de la Consellería do Mar de 12 de junio de 2019 (dictada por delegación de la Conselleira), por la que se desestima el recurso de reposición presentado contra resolución del mismo órgano de 12 de noviembre de 2018, por la que se le impone una sanción de multa de 96.000 € por la comisión de sendas infracciones previstas tipificadas, respectivamente, en los artículos 137.G.7 y 137.G.2 de la Ley 11/2008, de 3 de diciembre, de Pesca de Galicia, y como sanción accesoria por la comisión de la infracción del citado artículo 137.G.7, el comiso de todos los productos pesqueros inmovilizados, con la excepción del pulpo, los cuales deberán ser destruidos, siéndole exigible el importe de los gastos derivados de la adopción de dicha medida al recurrente.

Es Ponente la Magistrada D^a MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante decreto se admitió a trámite el recurso, requiriéndose a la Administración demandada para que remitiera el expediente.

SEGUNDO.- Mediante diligencia de ordenación se acuerda su entrega a la parte demandante para que formulara la demanda en el plazo de 20 días, efectuándolo e interesando en el suplico que se tenga por



formalizada y se dicte sentencia por la que se dicte sentencia por la que con estimación del recurso se declare el acto administrativo recurrido nulo/anulable y sin efecto, con las consecuencias inherentes a tal declaración, en concreto que no procede la imposición de ningún tipo de sanción. Con costas a la Administración demandada.

TERCERO.- Por diligencia se tuvo por presentada la demanda y se dio traslado a la demandada para que contestara a la misma en el plazo de 20 días, lo cual efectuó interesando en el suplico que se desestimara el recurso, confirmando la resolución impugnada.

CUARTO.- Se fijó la cuantía del recurso y se acordó el recibimiento del pleito a prueba, declarándose la pertinencia de la prueba propuesta, dándose traslado a las partes para que presentaran escritos de conclusiones y quedando las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, señalándose el día 11 de noviembre de 2021 para deliberación.

QUINTO.- En la substanciación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- *Fundamentación jurídica de la demanda.*

La parte demandante comienza negando los hechos considerados probados por la Administración, así como las actas y los informes, y refiere que no existe prueba y se le ha causado indefensión consecuencia de la tramitación. Hace referencia a la existencia de informes que no fueron solicitados, y de referencia en las resoluciones a actas e informes que no constan en el expediente. Añade que se variaron los hechos y la calificación jurídica. No se hace referencia en el acuerdo de incoación al informe del Servicio de Inspección y Control de los Recursos de fecha 17 de noviembre (folios 10 y 11 EA) que resultaba de las actas de inspección y que ya constaba emitido, NUM000 , y que se utilizará con posterioridad. Considera que difiere de las actas y que tiene en cuenta informes que no figuran en el expediente. En la propuesta no se hace mención de ciertos informes y actas. Y las medidas complementarias sobre la trazabilidad del pulpo, insiste en que se basa en un informe emitido con posterioridad a la propuesta y que no consta que se hubiese solicitado, se emite a fines del desprecintado del producto y no aporta nada ni justifica la actuación. Que no figuran en el expediente los anexos a que se refiere la prueba complementaria. No se le requirió documentación y estaba acreditada la forma de adquisición del pulpo. En la propuesta de resolución se varió la calificación de los hechos, pasando de una a dos infracciones e incrementando el importe de la multa, y no se le ofreció la posibilidad de reducción de la multa, si bien se le concedió dicha posibilidad en el acuerdo de inicio. Entiende vulnerado el artículo 90 de la Ley 39/2015 por falta de valoración de las pruebas practicadas, y discute el valor de las mismas, en concreto de las actas e informes. De ello deduce la existencia de actuaciones irregulares que le han causado indefensión. Ausencia de prueba de las 80 Tm. de productos pesqueros sin documentación, y divergencias en cuanto a la cantidad y procedencia del pulpo a lo largo del expediente, sin que se pesara la mercancía. Considera vulnerado el principio de tipicidad y niega que concurra ninguna de las infracciones sancionadas. Entiende confusa la identificación que se hace del pulpo. No se dedica a la actividad de compraventa sino a la congelación y almacenamiento; ni se incluyeron datos falsos en las notas de venta. Se remite a sus facturas. Y la carnada, de la auditoría se deduce que está amparada en los documentos de compra, sin que constituya infracción. Sostiene la falta de motivación de la resolución recurrida. Y la contradicción entre el reconocimiento tardío con relación al pulpo y el incremento de la multa. Entiende vulnerado el artículo 90.2 de la Ley 39/2015 y del principio non bis in idem. Se aceptan finalmente hechos distintos, y posteriormente sostiene que sin variarlos, se cambia la calificación jurídica. No consta pesaje, ni valoración económica diferenciada de los productos. El pulpo fue legalmente comprado, así como el pescado para carnada. Y la documentación cumple con las exigencias legales respecto de la trazabilidad, conforme resulta del informe de auditoría. La medida cautelar se adoptó con vulneración de la legalidad y constando la trazabilidad. Y vulneración del principio de proporcionalidad, sin que la Administración haya realizado el cálculo del producto, y critica los criterios tenidos en cuenta.

SEGUNDO.- *Contestación a la demanda.*

Se remite a las actas números NUM001 y NUM002 , que fueron levantadas el 16 de noviembre de 2017 en las instalaciones del recurrente sitas en Sardiñeiro, Fisterra (A Coruña), así como al informe sobre trazabilidad de la empresa Juan Bautista Louzán, de 17 de noviembre de 2017, de los veterinarios de la Inspección Pesquera, con el visto bueno del Xefe do Servizo de Inspección e Control dos Recursos, levantados en una inspección de trazabilidad. Y se refiere a que tras la incoación del procedimiento sancionador, por Acuerdo de la Xefatura Territorial en A Coruña de la Consellería do Mar de 27 de noviembre de 2017, la instructora expediente solicitó la emisión de sendos informes en oficio 29 de noviembre de 2017 con la finalidad de evitar incurrir en la prohibición del non bis in ídem prevista en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, al haber tenido conocimiento



de que sobre los mismos hechos habían intervenido varios departamentos distintos de la Xunta de Galicia, pertenecientes unos a la Consellería do Mar y otro a la Consellería de Sanidade -folio 33-. Emitiéndose los informes NUM003 de fecha 1 de diciembre de 2017, y NUM004 de fecha 11 de diciembre de 2017, que obran igualmente unidos al expediente administrativo.

Por tanto, pese a que en el Acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador tan solo se mencionen las referidas actas de inspección, lo cierto es que el Xefe Territorial contaba ya en ese momento con el referido informe (NUM000) de 17 de noviembre de 2017, y que los dos informes posteriores fueron igualmente unidos a dicho expediente, por lo que el interesado tuvo pleno acceso a ellos desde su incorporación. La propuesta es coincidente con el acuerdo de incoación. La Consellería do Mar acordó en fecha 13 de julio de 2018 la práctica de actuaciones complementarias sobre la rastreabilidad del pulpo inmovilizado, solicitando la emisión de informe, que fue emitido por los veterinarios inspectores en fecha 20 de julio de 2018 -obra folios 557 a 559 del expediente administrativo como NUM005-. Se formula propuesta de imposición de sanción de multa de 96.000 €, como consecuencia de la comisión de dos infracciones graves en materia marítimo- pesquera, previstas en los artículos 137.G.7 y 137.G.2 de la Ley 11/2008, de Pesca de Galicia, y como sanción accesoria por la comisión de la primera de tales infracciones, el comiso de todos los productos pesqueros inmovilizados (con la excepción del pulpo que deberá ser liberado), que serán destruidos y el importe de los gastos derivados de la adopción de dicha medida imputados al titular de dicho establecimiento; dándose traslado al interesado.

Hace referencia a la falta de relevancia de que en el acuerdo de incoación no se refiera al informe sobre trazabilidad. Añade que no hay discrepancias. Y con relación al informe NUM003, de 1 de diciembre de 2017, al folio 33 consta que una vez incoado el procedimiento sancionador la Instructora solicitó en oficio 29 de noviembre de 2017 la emisión de sendos informes con la finalidad de evitar incurrir en la prohibición del non bis in ídem. En la propuesta de resolución sí que se identifica el acta NUM006 y el informe sobre trazabilidad. Rechaza que el informe de rastreabilidad del pulpo fuera emitido tras la propuesta sin ser solicitado, cuando se emite a la vista de las alegaciones a la propuesta, y refiere que el recurrente reconoce en la demanda que la propuesta se refiere al informe de 18 de julio de 2018 y al acta, habiendo sido informado de la posibilidad de reducción de la multa con la notificación del acuerdo de incoación. En la resolución sí se identifican los elementos tenidos en cuenta. Que se pretende cuestionar y descalificar injustamente la profesionalidad de los funcionarios del Servicio de Inspección Pesquera que levantaron las actas de inspección del caso y realizaron los informes complementarios de dichas actas, siendo lo cierto que en las Actas NUM001 y NUM002 levantadas el 16 de noviembre de 2017 en las instalaciones de la empresa del recurrente en Fisterra se hicieron constar exhaustivamente tanto las mercancías que se encontraron en cada una de las cuatro cámaras existentes en dichas instalaciones, así como el peso aproximado de cada uno de tales mercancías. Refiere la inexistencia de sistema de trazabilidad en la empresa, y la existencia de prueba de cargo de los hechos sancionados, remitiéndose a las actas e informes complementarios, las cuales gozan de la presunción de veracidad conforme al previsto en el artículo 77.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, como en el artículo 155 de la Ley 11/2008, de Pesca de Galicia, sin que se haya aportado prueba que desvirtúe tal presunción, sin que el concreto peso del pulpo sobre el que finalmente se apreciaron las irregularidades que se sancionan sea relevante, pues en todo caso se trataba de una cantidad importante. Entiende que los hechos se encuentran debidamente tipificados. No se cumplen los requisitos de trazabilidad. Y la sanción no es desproporcionada, siendo una resolución motivada, remitiéndose a los referidos informes, actas y demás documentos técnicos obrantes en el expediente administrativo; siendo conforme a Derecho la calificación de los hechos en la resolución recurrida; y no se vulneró el principio non bis in ídem, por remisión al artículo 130 de la Ley 30/2015. Y aclara, por remisión al contenido de las actas, cuál era la cantidad de pulpo, encontrándose amparada legalmente la decisión de inmovilizar la mercancía.

TERCERO.- Fondo del recurso.

El acto objeto de recurso viene constituido por la resolución de la Secretaría Xeral Técnica de la Consellería do Mar de 12 de junio de 2019 (dictada por delegación de la Conselleira), por la que se desestima el recurso de reposición presentado contra resolución del mismo órgano de 12 de noviembre de 2018, por la que se le impone una sanción de multa de 96.000 € por la comisión de sendas infracciones previstas tipificadas, respectivamente, en los artículos 137.G.7 y 137.G.2 de la Ley 11/2008, de 3 de diciembre, de Pesca de Galicia, y como sanción accesoria por la comisión de la infracción del citado artículo 137.G.7, el comiso de todos los productos pesqueros inmovilizados, con la excepción del pulpo, los cuales deberán ser destruidos, siéndole exigible el importe de los gastos derivados de la adopción de dicha medida al recurrente.

Los hechos en base a los cuales se tramita el procedimiento en que se dicta la resolución recurrida, derivan de las actas, habiéndose personado los funcionarios el 16 de noviembre de 2017 en las instalaciones de la empresa de la demandante, en la localidad de Sardiñeiro, Fisterra, y refiriendo:



"En las dependencias existen cuatro cámaras, de las cuales una es utilizada como túnel de congelación, en el cual se hallaba una cantidad de pulpo congelado que ronda los 700 Kg sin ningún tipo de identificación. Este pulpo fue retirado y posteriormente introducido en la cámara del fondo.

Otras dos cámaras son usadas como almacén de distintos productos congelados: pulpo embalado con su marca preparado para su distribución, productos embalados importados de terceros países y numerosas cajas plásticas conteniendo importantes cantidades de varias especies de pescado congelado. Entre las dos cámaras, estimamos que el total del producto almacenado asciende a 80 toneladas. La última de las cámaras es utilizada, según manifiesta el inspeccionado, como depósito de productos caducados, productos no vendidos, etc. Y en ella se acumulan sin orden y concierto cajas de pescado congelado (embalado y sin embalar), bolsas de pulpo, producto elaborado congelado -como gambas a la gabardina-, verduras, navajas, calamares, pan y cajas de cartón cuyo contenido se desconoce. El destino de todos estos productos, según el interesado, es para la elaboración de carnada, destrucción y para dar de comer a los gatos. En esta cámara estimamos la existencia de 10-12 toneladas de producto variado.

En los pasillos de la instalación se encontraban cajas de pulpo fresco por un total de 580 Kg. aproximadamente. De ellos, dos cajas (40 Kg.) no estaban correctamente identificadas. El resto poseía etiquetas relacionables con albaranes manuscritos emitidos por diversas vendedurías de Lonja de A Coruña. Además, en el mismo pasillo se encontraban alrededor de 300 Kg. de pulpo congelado sin identificar.

En el exterior de la instalación se hallaban dos camiones. En uno de ellos se encontraba alrededor de 250 Kg. de pescado fresco correctamente identificado. En el otro camión, se encontraron dos cajas de pulpo fresco de aproximadamente 40 Kg. en total, sin identificación.

El pulpo fresco no identificado fue marcado con cinta del Servicio de Guardacostas y colocado en grupos de dos cajas en el interior del túnel de congelación, al igual que el pulpo correctamente identificado.

Todo el resto de producto fue colocado en las cámaras frigoríficas y estas se precintaron con precintos azules de Guardacostas números ...

En la misma actuación se procedió a una toma de muestras oficial de navaja hallada en la cámara precintada con el precinto 020140704, y se envió INTECMAR, quedando a la espera de los resultados que informe en su momento.

En el mismo día, se personaron dos inspectores de Salud Pública, y levantaron acta en que se propone la retirada del permiso de actividad del establecimiento. La mercancía no fue incautada, sino inmovilizada cautelarmente en las cámaras citadas, en espera de que el destino de la mercancía sea decidido por la autoridad competente".

Ha de diferenciarse, tal y como resulta del expediente, entre lo que constituye la infracción en relación con productos pesqueros de los que se desconoce totalmente su origen y no disponen de ningún tipo de identificación ni trazabilidad, tal y como se recoge en las actas -folios 11, 311 y siguientes, y 270 a 355-, constitutivas de la infracción tipificada en el artículo 137.G.7 de la Ley de Pesca de Galicia, 11/2008; de los hechos constitutivos de la infracción tipificada en el artículo 137.G.2, con relación al pulpo, por considerar su falta de trazabilidad, no obstante lo cual su modo de obtención se pueda considerar correcto al ser obtenido de un proveedor autorizado y constando las facturas justificativas, de forma que se podía acreditar su identificación, lo cual dio lugar a su liberación. Por consecuencia, y en contra de lo afirmado por la parte demandante, con relación al pulpo no se pueden considerar cumplidos íntegramente los requisitos de trazabilidad, sin perjuicio de que dada la presentación de las facturas, y si bien no se justifica debidamente la trazabilidad, dada la ausencia de los necesarios elementos para esa identificación en atención a razones fundamentalmente sanitarias. En un primer momento se acuerda la medida cautelar en relación al pulpo, acordándose su inmovilización, y una vez finalizado el procedimiento a través de la imposición de la correspondiente sanción, a tenor de lo dispuesto en el artículo 148.2.a), no cabía el comiso como sanción accesoria.

Resulta del examen del expediente que se verificó la constancia de cuatro cámaras en las instalaciones, con 80 toneladas de productos pesqueros sin documentación que acredite su origen legal y sin etiquetas, lo cual impedía su trazabilidad.

Con relación al pulpo, se considera que, efectivamente, existe documentación acreditativa de su existencia, y su modo de obtención no es lícito porque aunque se compre a proveedor autorizado, no cumple con los requisitos de trazabilidad exigidos, como resulta de los informes del Servicio de Inspección y Control de los recursos que obran en el expediente, dado que no se registran ni transmiten todos los datos de trazabilidad en las ventas del pulpo, de donde deriva la falta de trazabilidad que se sanciona.



De forma que se halla la existencia de productos pesqueros de los que se desconoce totalmente su origen y modo de obtención al no disponer de ningún tipo de identificación, lo cual es contrario a la normativa comunitaria.

Frente a las contradicciones que se indican por la parte demandante, lo cierto es que no se aprecia que se haya producido una variación de los hechos. Y se indica tanto en la propuesta como en la resolución, en justificación a la sanción impuesta: *"Compre distinguir entre aquellos produtos pesqueiros respecto dos cales se descoñece totalmente a orixe e non disponen de ningún tipo de identificación nin trazabilidade e entre os lotes de polvo respecto dos cales se realizou control de rastrexabilidade en función da documentación aportada"*.

Se aclara además que del hecho de que se ordenase la liberación del pulpo, no cabe deducir, en la forma en que lo hace la parte demandante, que se cumpliera la normativa de trazabilidad, habiéndose acordado la inmovilización como medida cautelar durante la tramitación del procedimiento - artículo 56 de la Ley 39/1995 y 156 de la Ley 11/2008, de Pesca de Galicia-, consistente en la inmovilización de todos los productos pesqueros que carecían de documentación, quedando en las cámaras de la empresa de la demandante; y poniéndose fin a las medidas, una vez dictada la resolución, sin que con relación a esta infracción, se prevea la sanción accesoria de comiso del pulpo -artículo 148.2 a)-.

Y en el informe de rastreabilidad se describen las actuaciones de comprobación de rastreabilidad del pulpo inmovilizado en las instalaciones en el periodo comprendido entre el 01/09/2017 y el 16/11/2017, exponiendo:

"1º.- Que la cantidad de pulpo almacenada asciende a 15.759,83 Kg, luego de realizar las rectificaciones de los errores apreciados en la documentación aportada por el recurrente.

2º.- Que al no haberse aportado los documentos comerciales que pudieran avalar las ventas de dicho producto, el control de rastreabilidad no puede ser realizado en su totalidad.

3º.- Que en el control realizado se encontraron lotes que no existen en la documentación aportada, dando la concreta referencia de dichos lotes.

4º.- Que existían lotes con cantidades muy superiores a las declaradas en la documentación. Por ejemplo, el lote 261017 relativo a las compras realizadas el 25/10/17 es de 294,05 Kg de pulpo, sin embargo, en las instalaciones ese lote tiene un total de 1.221,63 Jg.

5º.- Que las existencias reales de pulpo en las instalaciones en casi ningún caso coinciden con las teóricas que derivan de la documentación presentada por el interesado, y

6º.- Que para completar la rastreabilidad del producto resultaría necesario que el recurrente aportase la documentación de ventas y expediciones de productos en las fechas señaladas".

Tal y como admite la parte demandante, el que no se haga mención en el acuerdo de incoación o en la propuesta al informe de trazabilidad, carece de la relevancia que pretende atribuirle puesto que constando en las actuaciones, estuvo a su disposición, de donde se deriva la ausencia de indefensión; sin que se aprecien las discordancias que indica entre las actas y el informe, puesto que en ambos se parte de los mismos hechos, que son los más arriba expuestos. Se añade además que se procedió a una toma de muestras oficial de navaja hallada en la cámara precintada con el precinto 020140704, y se envió a INTECMAR, quedando a la espera de los resultados que informe; y que en el mismo día, se personaron dos inspectores de Salud Pública, y levantaron acta en que se propone la retirada del permiso de actividad del establecimiento. Aportando así elementos relevantes para la adecuada calificación de los hechos, siendo para ello preciso examinar la rastreabilidad del producto.

Respecto de la trazabilidad, se aclara por la Administración demandada que la normativa aplicable viene constituida por los Reglamentos 1224/2009, que establece un régimen comunitario de control para garantizar el cumplimiento de las normas de política pesquera común, 404/2011 y 931/2002.

Y con relación al informe de la parte demandante, el primer obstáculo que se pone de manifiesto es que por aplicación de lo dispuesto en el artículo 118.1.2º de la Ley 39/2015, cuando debió ser aportado fue en trámite de alegaciones. En cualquier caso, procede compartir la crítica efectuada al mismo cuando se considera que en el informe de auditoría se especifica que solo revisaron las facturas de septiembre, octubre y noviembre de 2017; mientras que en la visita de inspección de los inspectores veterinarios del Servicio de Inspección y control de los recursos, no había documentación, que se encontraba en su asesoría -en que solo se llevaba documentación contable-. El análisis de la trazabilidad ha de ser efectuado al amparo de la normativa aplicable antes citada. Y los inspectores no pudieron acceder a producto precintado ni a los que se denominan como registros manuscritos. Se añade con relación a la crítica efectuada a dicho informe, la inexistencia del lote que se refiere, así como la falta de referencia a producto que fue encontrado en las instalaciones. Y la trazabilidad ha de garantizarse, de todos los lotes de los productos de pesca y en todas las fases de la cadena de producción,



transformación y distribución - Reglamento 1224/2009, artículo 59.1. En conclusión, las facturas revisadas por el auditor suponen solo una pequeña parte del producto almacenado en las instalaciones, de forma que hay más producto que el que figura en las facturas, y no se puede derivar de ello la acreditación de cuál se destinó a la congelación o venta en fresco, y no se puede aclarar a la sola vista del producto que hay en el almacén. Por todo ello se comparte la afirmación de que no hay un sistema de trazabilidad correcto. Y aun cuando se opone la ausencia de pesaje del pulpo, lo cierto es que a la circunstancia de que es evidente, ya desde un primer momento, que es una cantidad importante, ha de añadirse que todo ello resulta corroborado a la vista de la prueba practicada, habiendo ratificado el Jefe del Servicio Veterinario, en el acta de la vista, los informes emitidos -de 17 de noviembre de 2017, folio 26; 1 de diciembre de 2017, al folio 36; y 11 de diciembre de 2017, folio 52. Recogiendo los hechos del acta de dos días -el 10 y el 17, dado que el primer día no pudieron acabar-, pero aclarando que se trata de los mismos hechos en las dos visitas, siendo la segunda más completa y se añade documentación, explicando que se trata de varias cámaras grandes, los problemas de trazabilidad que ya se apreciaron en la primera visita y que se realizó el precinto de las cámaras en la segunda visita. Que pidieron la documentación en ambas visitas. Y con respecto al control de la trazabilidad, resulta del examen de la documentación, los productos identificados y el sistema y registros de trazabilidad, así como que incumplían estos tres criterios, además de la higiene. Había productos congelados mezclados con los no comestibles, para consumo de **animales** domésticos, sus heces y productos para cebo de autoconsumo, sin autorización para encontrarse allí, y mezclados. Se refiere a la nueva visita el 20 de noviembre de 2017 y que los precintos no estaban alterados en las nuevas visitas. Aclara igualmente que se indicó que era la asesoría la que llevaba las cuentas, las facturas, pero no la trazabilidad. En las facturas no consta la procedencia del pulpo sino solo que había sido comprado. Y que aun cuando inicialmente se consideró un peso de 40 toneladas, al final resultó ser de 15, debiéndose la diferencia al desorden existente de manera que se atendió a lo que dijo el demandante de manera que solo se pudo concretar el peso a tanto alzado con un cálculo aproximado, pero tras el pesado posterior ya se pudo concretar la cantidad exacta -aclara que les habría llevado una semana pesarlo-, y que al sacarlo, lo fueron pesando.

Con respecto a la irregularidad procedimental denunciada por la parte demandante, con relación a lo que considera ausencia de informes o de que hubieran sido solicitados por la instructora; figuran los mismos en el expediente, así como su solicitud -así, oficio de 29 de noviembre de 2017, por la necesidad de evitar incurrir en la prohibición del non bis in ídem-, dando lugar a los informes NUM003, de fecha 1 de diciembre de 2017, e NUM004 de fecha 11 de diciembre de 2017, que figuran en el expediente administrativo con la posibilidad de ser examinados, e incorporando información que igualmente procede de otros informes. Sobre la crítica que se emite a su contenido, la Administración consideró sobre la relevancia de que fueran emitidos por el Servicio de Inspección Veterinaria de la Consellería do Mar, de forma previa a la propuesta de resolución, al margen de que por la parte demandante se considere que no aportan nada, habiéndose encontrado posibilitado de desvirtuar su contenido. A ello ha de añadirse la necesidad apreciada por la inspectora, a la vista de las alegaciones de la recurrente, de solicitar documentación complementaria sobre la trazabilidad del producto, encontrándose ello debidamente justificado, figurando así el informe sobre rastreabilidad del pulpo incautado, emitido por los veterinarios inspectores en fecha 20 de julio de 2018, folios 557 a 559 del expediente administrativo como NUM005, permitiendo clarificar la adecuada tipificación de los hechos constitutivos de infracción. De manera que las actas e informes estuvieron tanto a disposición del órgano competente para dictar la resolución, como de la recurrente para ejercer su adecuada defensa.

Sobre la existencia de prueba y acreditación de los hechos, ha de añadirse que es cierto que inicialmente, en el acta de inspección de los funcionarios del Servicio Guardacostas de la Consellería do Mar, como es lógico, se reconoce la imposibilidad de cuantificar la cantidad de cada especie, y que de las aproximadamente 41 Tm iniciales de pulpo, finalmente solo se comprobó la existencia de 15 Tm irregulares. En el acto de práctica de la prueba se aclaran tales cuestiones, como ha quedado antes expuesto.

A pesar de ello, en las actas de 16 de noviembre de 2017, en las instalaciones de la empresa del recurrente en Fisterra, se refiere el peso aproximado de cada especie, y resultando finalmente un peso aproximado de 80 Tm., y el peso de aquellas mercancías que se hallaban en cajas.

En cualquier caso, lo realmente relevante con relación a los informes es que obren en las actuaciones, que han estado a disposición del demandante, y que ha podido aportar prueba para desvirtuar su contenido, existiendo en las actuaciones el suficiente material como para entender acreditados los hechos sancionados, y que a tal efecto se solicitaron los informes, reconociéndose la solicitud efectuada por el Servicio de Inspección y Control de Recursos; sin que se aprecie contradicción entre los informes y las actas. Y que precisamente para concretar, fue necesaria la práctica de más diligencias y visitas.

En contra de lo sostenido en la demanda, sí que se cumple con el artículo 90.1 de la Ley 39/2015, mencionando en la resolución sancionadora las pruebas en las que se basa. Es la propia recurrente la que reconoce que en



dicha resolución se citan el acta de inspección NUM001, si bien con lo que manifiesta su disconformidad es con su contenido y consideración sobre que dichos hechos sean constitutivos de infracción.

También se alega en la demanda la vulneración del principio de tipicidad, al considerar el recurrente que los hechos denunciados no encajan en ninguno de los tipos infractores por los que se le sanciona, ni en el artículo 137.G.2 ni en el 137.G.7 de la Ley 11/2008, de Pesca de Galicia. No puede compartirse dicho argumento porque los hechos probados consisten en la tenencia en las instalaciones de la empresa de cuatro cámaras con 80 toneladas de diversos productos pesqueros sin documentación acreditativa de su origen legal y sin etiquetas, impidiendo su trazabilidad.

En el artículo 137.G.2 de la citada Ley, se tipifica como infracción grave *"A realización de actividades de compravenda de produtos pesqueiros en lugar ou forma non autorizados legalmente ou con incumprimento dos requisitos exixidos, así como a non expedición da nota de venda, a inclusión de datos falsos nela ou a non especificación exixida legalmente"*. Existiendo una diferencia entre el pulpo y el resto de los productos, atendida la circunstancia de que consta la justificación documental que acredita tanto su existencia como su modo de obtención, habiéndose comprado a proveedor autorizado, si bien no cumple con los requisitos de trazabilidad.

Con respecto al artículo 137.G.7, tipifica como infracción grave *"A comercialización de produtos da pesca e do marisqueo de calquera orixe ou procedencia cunha talla ou peso inferior ao regulamentario de cada modalidade, ou dos que o seu modo de obtención non sexa conforme coa normativa internacional, comunitaria, estatal e autonómica aplicable na materia, ou que incumpran a normativa sanitaria que en cada momento se estableza."* De su lectura, poniéndolo en relación con los hechos probados, no se deduce que sean confusos.

En conclusión, se incumple la normativa de trazabilidad sanitaria y pesquera, además de que existen productos pesqueros de los que se desconoce su origen y modo de obtención dada su ausencia de identificación. Dicha normativa se identifica por la Administración y viene constituida por el artículo 58 del Reglamento 1224/2009, de 20 de noviembre, que exige que todos los lotes de productos de pesca y acuicultura, sean trazables en todas las fases de la cadena de producción, transformación y distribución; asimismo, se exige un adecuado etiquetado para garantizar la rastreabilidad de cada lote. Como consecuencia de lo expuesto, ha de deducirse la adecuada tipificación de los hechos.

Y con respecto a las sanciones impuestas, por la infracción del artículo 137.G.7 se impone la de 60.000 € en su grado máximo considerando la intencionalidad, la trascendencia de los perjuicios causados a terceros y en los recursos y especialmente teniendo en cuenta la cantidad del producto; y con relación a la del artículo 137.G.2, de 36.000 € teniendo en cuenta la cantidad de producto así como a la intencionalidad y al beneficio obtenido por la comisión de la infracción.

En relación a la proporcionalidad de las sanciones, la ley prevé para las infracciones graves, la sanción de 301 a 60.000 euros, además del comiso, habiéndose tenido en cuenta para imponer la sanción por la comisión de la infracción del artículo 137.G.7, entre los criterios legales, la intencionalidad, la trascendencia de los perjuicios causados a terceros y la cantidad de producto, teniéndose en cuenta la existencia de productos sin ningún tipo de identificación ni datos sobre su modo de obtención y que podrían llegar al mercado y al consumidor final sin garantías. Y en el caso de la infracción del artículo 137.G.2, la sanción de multa por importe de 36.000 euros teniendo en cuenta, con relación al pulpo que se liberó, que tenía facturas, de donde se deduce la licitud de su obtención, aunque no respetaba íntegramente los requisitos de trazabilidad, habiéndose además atendido a la cantidad de producto.

Sobre la alegada infracción del artículo 85.3 de la Ley 39/2015, al no habersele ofrecido la posibilidad de reducción de la multa; lo cierto es que sobre tal reducción fue informado con la notificación del acuerdo de incoación del procedimiento para la sanción. Dispone dicho precepto que *"..., cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario, el órgano competente para resolver el procedimiento aplicará reducciones de, al menos, el 20 % sobre el importe de la sanción propuesta, siendo estos acumulables entre sí. Las citadas reducciones, deberán estar determinadas en la notificación de iniciación del procedimiento y su efectividad estará condicionada al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción."*

El porcentaje de reducción previsto en este apartado podrá ser incrementado reglamentariamente". De forma que sí que se cumplió, al notificarle el acuerdo de incoación; es más, con la notificación de la propuesta de resolución, y aunque legalmente no se prevé esta posibilidad, también se recogía esta posibilidad de reducción de la multa.

Por todo lo expuesto también puede deducirse la motivación de la resolución recurrida, como se evidencia de su lectura y de los informes en que se basa, que no se evidencian discordantes con el contenido de las actas. De su lectura se evidencia que la recurrente se ha visto posibilitada de defenderse frente a tales



hechos y motivación. Es conforme a Derecho la variación de la calificación jurídica en la resolución, sin que se haya sancionado dos veces por un mismo hecho, siendo distinto al supuesto en que un mismo hecho sea subsumible en varios preceptos sancionadores.

Consecuencia de lo expuesto es que procede la desestimación de la demanda.

CUARTO.- Costas procesales.

Con imposición del pago de las costas procesales a la parte demandante dentro del límite total de 1.500 euros por todos los conceptos (artículo 139 de la LJCA).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

1)Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D^a Ana María Tejelo Núñez, en nombre y representación de D. Eliseo , contra la resolución de la Secretaría Xeral Técnica de la Consellería do Mar de 12 de junio de 2019, por delegación de la Conselleira, por la que se desestima el recurso de reposición contra resolución de 12 de noviembre de 2018, por la que se le impone una sanción de multa de 96.000 € y como sanción accesoria, el comiso de todos los productos pesqueros inmovilizados, con la excepción del pulpo, los cuales deberán ser destruidos, siéndole exigible el importe de los gastos derivados de la adopción de dicha medida al recurrente.

2)Imponer el pago de las costas procesales a la parte demandante dentro del límite establecido en la fundamentación jurídica de la presente resolución.

Contra esta sentencia cabe interponer, bien ante el Tribunal Supremo, bien ante la correspondiente Sección de esta Sala, el recurso de casación previsto en el artículo 86 de la Ley jurisdiccional, que habrá de prepararse mediante escrito a presentar en esta Sala en el plazo de treinta días y cumpliendo los requisitos indicados en el artículo 89.2 de dicha ley.

Firme que sea la presente, devuélvase el expediente administrativo al centro de su procedencia, junto con certificación y comunicación.

Así se acuerda y firma.