

	<p>TRIBUNAL SANCIONADOR</p>	<p>Fecha: 05/01/2022 Hora: 13:02 Lugar: San Salvador</p>	<p>Referencia: 1288-2020</p>
<p>RESOLUCIÓN FINAL</p>			
<p>I. INTERVINIENTES</p>			
<p>Denunciante:</p>	<p>Presidencia de la Defensoría del Consumidor –en adelante la Presidencia–.</p>		
<p>Proveedora denunciada:</p>	<p>OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V.</p>		
<p>II. ANTECEDENTES Y HECHOS DENUNCIADOS</p>			
<p>Como expuso en su denuncia la Presidencia, en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 58 letra f) de la Ley de Protección al Consumidor —LPC—, el día 28/01/2020 se practicó inspección en el establecimiento denominado _____ propiedad de la proveedora OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V.</p>			
<p>Como resultado de la diligencia realizada, se levantaron actas de inspección de etiquetado general y nutricional de alimentos preenvasados con números de referencia DVM _____ y DVM- _____, en las cuales –mediante Informe de Inspección– se documentó que fueron encontrados a disposición de los consumidores, bienes que incumplían lo prescrito en los artículos 7 inciso primero y 27 inciso tercero de la LPC, en relación a los artículos 5.1.2., 5.2.1.5., 5.2.2.3 y 9.2.1. del RTCA 67.01.07:10 y 5 del RTCA 67.04.54:10, <i>por no declarar en el mismo campo de visión del nombre, palabras o frases adicionales que indiquen la naturaleza o condición física del alimento, siendo éste un congelado; por contar en la etiqueta complementaria con la declaración sobre las reacciones alérgicas que pueden causar algunos de sus ingredientes a personas con hipersensibilidad, pero la misma no aparece luego de la lista de ingredientes del producto, sino a continuación de la declaración de conservación del alimento; y por no declarar la clase funcional de los aditivos alimentarios “bicarbonato de sodio”, “fosfato aluminio de sodio”, “ácido pirofosfato de sodio” y “fosfato mono cálcico”.</i></p>			
<p>III. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.</p>			
<p>Tal como consta en auto de inicio (fs. 24-25), se le imputa a la proveedora denunciada la comisión de la infracción establecida en el artículo 43 letra f) de la LPC, consistente en: <i>“Fabricar, importar, empacar, distribuir o comercializar bienes en los que no se cumplan las normas técnicas vigentes; así como comercializar servicios que no las cumplan”.</i></p>			
<p>De conformidad a lo dispuesto en el artículo 7 inciso primero de la LPC, <i>“Los proveedores que desarrollen actividades de importación, producción, transformación, almacenamiento, transporte, distribución y comercialización de bienes y prestación de servicios deberán, para no arriesgar la vida,</i></p>			

la salud, la seguridad de las personas y el medio ambiente, observar las normas legales, reglamentarias o técnicas que se dictaren sobre la materia, así como facilitar el control, vigilancia e inspección de las autoridades competentes”.

En consonancia con lo anterior, el inciso tercero del artículo 27 de la LPC, dispone que: *“Las exigencias especiales se determinarán en las normativas de etiquetado, presentación y publicidad de los bienes o servicios, aplicables en cada caso, para garantizar el derecho de los consumidores a una información veraz, clara, completa y oportuna”*; y precisamente, en el caso de los productos preenvasados, el Reglamento Técnico Centroamericano de Etiquetado General de Alimentos Previamente Envasados (Preenvasados) –RTCA 67.01.07:10–, en su numeral 5.2.2.3 determina que: *“Cuando se trate de aditivos alimentarios pertenecientes a las distintas clases y que figuran en la lista de aditivos alimentarios, cuyo uso se permite en los alimentos en general, **deberán emplearse las clases funcionales indicadas en el reglamento técnico centroamericano de aditivos alimentarios vigente junto con el nombre específico.**”*

En el presente caso, deberán de emplearse las clases funcionales indicadas en el artículo 5 del Reglamento Técnico Centroamericano Alimentos y Bebidas Procesadas. Aditivos Alimentarios (RTCA 67.04.54:10).

Además, conforme al artículo 9.2.1 del Reglamento Técnico Centroamericano “Etiquetado General de los Alimentos Previamente Envasados (Preenvasados)” (RTCA 67.01.07:10), *cuando el idioma en que esté redactada la etiqueta original de un producto no fuere el español, deberá colocarse una etiqueta complementaria que contenga la información obligatoria que se establece en las secciones 5 al 7 del RTCA 67.01. 07:10. Entre ellas se incluye el numeral 5.1.2, según el cual, en la etiqueta -en el mismo campo de visión del nombre del producto- aparecerán las palabras o frases adicionales necesarias para evitar que se induzca a error o engaño al consumidor con respecto a la naturaleza y condición física auténticas del alimento, que incluyan pero no se limiten al tipo de medio de cobertura, la forma de presentación, su condición o al tipo de tratamiento al que ha sido sometido, por ejemplo a deshidratación, concentración, reconstitución, ahumado, pasteurizado, entre otros.*

Finalmente, la etiqueta complementaria contemplada en el numeral 9.2.1 del RTCA 67.01. 07:10 también incluye como información obligatoria la del numeral 5.2.1.5. Conforme a éste, si alguno de los alérgenos señalados en el artículo 5.2.1.4. del mismo reglamento pudiera estar presente en el producto final, debe indicarse claramente la posibilidad de su presencia. Dicha declaración *“deberá colocarse luego de la lista de ingredientes o en una frase separada y en forma destacada”*, esto es, subrayada, en negritas o resaltada de cualquier otra manera.

En congruencia con tales disposiciones, el ofrecimiento de medicinas, alimentos, bebidas o cualquier otro producto perecedero, en cuyas etiquetas no se indique la clase funcional de los aditivos

alimentarios, no se declare en el mismo campo de visión del nombre, palabras o frases adicionales que indiquen la naturaleza o condición física del alimento, siendo éste un congelado, y cuente en la etiqueta complementaria con la declaración sobre las reacciones alérgicas que pueden causar algunos de sus ingredientes a personas con hipersensibilidad, pero la misma no aparece luego de la lista de ingredientes del producto, sino a continuación de la declaración de conservación del alimento, realizado por un vendedor o comercializador de bienes, se adecua a la conducta infractora descrita en el artículo 43 letra f) de la LPC, que literalmente dispone: “*Son infracciones graves, las acciones u omisiones siguientes: f) Fabricar, importar, empaçar, distribuir o comercializar bienes en los que no se cumplan las normas técnicas vigentes; así como comercializar servicios que no las cumplan*”.

El término «comercializar» a que hace referencia la ley en comento, se define como dar a un producto condiciones y vías de distribución para su venta o poner a la venta un producto¹. Partiendo de la anterior premisa, las conductas ilícitas son, por consiguiente en el presente caso: **a)** el poner a la venta o hacer un ofrecimiento al público de cualquier clase de productos o bienes, en cuyas etiquetas no se indique la clase funcional de los aditivos alimentarios; **b)** no se declare en el mismo campo de visión del nombre, palabras o frases adicionales que indiquen la naturaleza o condición física del alimento, siendo éste un congelado; y **c)** cuente en la etiqueta complementaria con la declaración sobre las reacciones alérgicas que pueden causar algunos de sus ingredientes a personas con hipersensibilidad, pero la misma no aparece luego de la lista de ingredientes del producto, sino a continuación de la declaración de conservación del alimento.

IV. CONTESTACIÓN DE LA PROVEEDORA DENUNCIADA

Se siguió el procedimiento consignado en los artículos 143 y siguientes de la LPC, respetando la garantía de audiencia y el derecho de defensa de la proveedora, quien compareció conforme a las actuaciones que se detallan a continuación:

A. En fecha 25/05/2021, se recibió escrito (fs. 29 al 34), firmado por la licenciada

, quien actúa en calidad de apoderada general judicial de la proveedora OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V., por medio del cual contestó la audiencia conferida en resolución de las ocho horas con nueve minutos del día 18/05/2021, expuso argumentos de defensa sobre los hechos atribuidos a su representada y agregó la documentación de fs. 35 al 41.

En dicho escrito, la referida apoderada, en el ejercicio de su derecho de defensa, manifestó –en esencia–:

(i) Que en virtud de lo establecido por el artículo 40 inciso segundo de la LPC, según el cual “*Comete infracción a las disposiciones de la presente ley, el proveedor que, en la venta de un bien o en*

¹ Puede verse en <https://dle.rae.es/comercializar?m=form>

la prestación de un servicio, actuando con dolo o culpa, causa menoscabo al consumidor, debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio”, la denunciante tenía la obligación de evidenciar el daño real y cierto en los derechos de los consumidores que estiman vulnerados en relación a la infracción que se imputa; al contrario, alegó, que de la documentación presentada, no se puede determinar que los delegados de la autoridad demandante hayan comprobado la existencia de algún menoscabo en perjuicio de los consumidores, tal como lo exige el inciso segundo del artículo 40 de la LPC, señalando, que al no existir dicho menoscabo ni evidencia del mismo en el presente procedimiento no resulta posible imputar culpabilidad alguna a su poderdante.

(ii) Por otra parte, hizo hincapié en el hecho que su apoderada no figura en la etiqueta como fabricante o distribuidor de los productos marca *Great Value*, de modo que no resulta responsable a la luz del criterio de responsabilidad establecido en el artículo 36 letra c) de la LPC, el cual prescribe que *“En el supuesto de productos envasados, etiquetados y cerrados con cierre íntegro responde el fabricante, importador, vendedor o suministrador que figure en su etiqueta, presentación o publicidad; pero podrá exonerarse de esa responsabilidad probando su falsificación o incorrecta manipulación por terceros, quienes serán entonces los responsables”,* con lo cual, se advierte que se debe de atribuir responsabilidad a los sujetos que evidentemente hubieran participado en la fabricación o envasado del producto, ya que estos poseen la obligación y la capacidad de incorporar en el etiquetado la información requerida por la LPC y las normativas pertinentes.

(iii) Finalmente, señaló que sí se consigna la declaración sobre las posibles reacciones alérgicas, aunque estas no estén específicamente en la posición que exigen las normas técnicas vigentes.

B. Ahora bien, respecto de los alegatos presentados por la licenciada
, este Tribunal procederá a pronunciarse a continuación:

1. En relación al alegato relacionado a la inexistencia de algún menoscabo en perjuicio de los consumidores, este Tribunal tiene a bien señalar que la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo –en adelante SCA– ha afirmado *que el legislador, atendiendo al bien jurídico a proteger, puede clasificar las conductas en infracciones de lesión e infracciones de peligro (concreto y abstracto)”*. Sentencia definitiva del 21/12/2018, emitida en el proceso contencioso administrativo con referencia 416-2011.

*Así, las infracciones de lesión exigen demostrar la lesión efectiva al bien jurídico tutelado; las de peligro concreto constituyen supuestos en los cuales se exige el peligro efectivo sufrido por una persona en específico; en las de **peligro abstracto** el legislador, atendiendo a la experiencia, advierte una peligrosidad general de la acción típica para un determinado bien jurídico, a partir de **una valoración probabilística**, por lo que con la tipificación se dispone adelantar la barrera de protección*

sancionando el accionar, *sin esperar la realización de un peligro concreto de una persona determinada o de la lesión efectiva*. (Sentencia definitiva del 15/05/2019, emitida en el proceso contencioso administrativo con referencia 301-2015).

En concordancia con lo anterior, es posible afirmar que la infracción administrativa relativa a (...) *comercializar bienes en los que no se cumplan las normas técnicas vigentes* [artículo 43 letra f) de la LPC], pone en peligro, *de forma abstracta*, los bienes jurídicos de los consumidores –en específico, el derecho a la información– sin que sea necesaria una afectación concreta o un consumo directo de tales productos. En otras palabras, la infracción administrativa bajo análisis es una *infracción de peligro abstracto*, puesto que basta que los productos que no cumplan con las normas técnicas vigentes se encuentren a disposición de los consumidores, para generar el riesgo que los adquieran.

En consecuencia, este Tribunal desestima el planteamiento realizado por la apoderada de la denunciada.

2. Respecto al alegato relativo a que se debe de atribuir responsabilidad a los sujetos que evidentemente hubieran participado en la fabricación o envasado del producto, ya que estos poseen la obligación y la capacidad de incorporar en el etiquetado la información requerida por la LPC y las normativas pertinentes, es importante resaltar que el criterio de responsabilidad que señala el artículo 36 literal c) de la LPC no ha sido inobservado, pues, simplemente, no es un criterio que deba aplicarse respecto a la infracción que se imputa a la proveedora en el presente procedimiento. Este criterio, además de servir para deducir responsabilidades pecuniarias, puede ser utilizado en infracciones administrativas en las que el sujeto activo de las mismas sea en efecto el fabricante, importador, vendedor o suministrador que figure en su etiqueta, pero este no es el caso. En el supuesto objeto de este procedimiento, el sujeto activo contenido en la infracción descrita en el artículo 43 literal f) de la LPC, es el que *comercializa* el producto, siendo para el caso únicamente OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V.

Por estas razones, no puede excusarse a OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V., alegando que se inobservó el criterio de responsabilidad del artículo 36 literal c) de la LPC, pues a criterio de este Tribunal, la infracción contenida en el artículo 43 letra f) de la LPC, solo contenía el supuesto de comercializar un producto, en términos generales, que no haya cumplido con la normativa técnica. Si bien, no puede exigírsele a OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V. que sea ella la que coloque la información en los productos que fueron objeto de la inspección, este no es el caso que se discute, pues lo que se le exige a la sociedad denunciada, es su deber de garantizar que los productos que ella comercializa en sus establecimientos tengan toda la información que exige la normativa técnica y que es derecho de los consumidores conocer, y para ello, es la denunciada la que debe de verificar que antes de ser ofrecidos al público, los productos cumplan con la normativa vigente.

De esta manera, queda comprobado que lo alegado por la apoderada de la proveedora, no es cierto, debiendo también, por estas razones, desestimarse lo argüido.

3. Finalmente, respecto al alegato que sí se consigna la declaración sobre las posibles reacciones alérgicas, aunque estas no estén específicamente en la posición que exigen las normas técnicas vigentes, es importante señalar que la etiqueta complementaria contemplada en el numeral 9.2.1 del RTCA 67.01. 07:10 también incluye como información obligatoria la del numeral 5.2.1.5. Conforme a éste, si alguno de los alérgenos señalados en el artículo 5.2.1.4. del mismo reglamento pudiera estar presente en el producto final, debe indicarse claramente la posibilidad de su presencia. Dicha declaración “*deberá colocarse luego de la lista de ingredientes o en una frase separada y en forma destacada*”, esto es, subrayada, en negritas o resaltada de cualquier otra manera.

En ese sentido, la normativa técnica es sumamente clara en el sentido de afirmar que dicha declaración deberá colocarse luego de la lista de ingredientes o en una frase separada y en forma destacada, situación que no se ha cumplido en el presente caso, ya que como la misma apoderada de la proveedora manifiesta en su escrito, esta declaración se encuentra separada del listado de ingredientes por la frase “*Conservar En Un Lugar Fresco Y Seco*”, por lo que efectivamente no se cumple lo estipulado en la respectiva normativa técnica, tal como se detallará en el romano V letra b) de la presente resolución, debiendo por esta razón, desestimarse dicho argumento.

V. VALORACIÓN DE PRUEBA/HECHOS PROBADOS

1. De conformidad con los artículos 146 de la LPC y 106 inc. 3° de la Ley de Procedimientos Administrativos —en adelante LPA—, las pruebas oportunas, pertinentes y conducentes aportadas en el procedimiento, serán valoradas conforme a las reglas de la sana crítica, para determinar los hechos probados relacionados con la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra f) de la LPC.

Al respecto, cabe señalar lo dispuesto en el artículo 63 del Reglamento de la LPC, el cual literalmente establece: *Las actas mediante las cuales los funcionarios de la Defensoría hagan constar las actuaciones que realicen, harán fe, en tanto no se demuestre con prueba pertinente y suficiente su inexactitud o falsedad. El mismo valor probatorio tendrán los informes y otros documentos que emitan los funcionarios y empleados de la Defensoría, en el ejercicio de sus funciones.*

Además, el artículo 106 inciso 6° de la LPA dispone: “*Los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquellos, harán prueba de estos salvo que se acredite lo contrario*”.

2. Constan en el expediente administrativo los siguientes medios de prueba:

- a) Acta de inspección DVM-EG/016/20 de fecha 28/01/2020—fs. 7 y 8— e Informe de inspección de etiquetado general de pancakes congelados (Tabla 3), —fs. 19 al 23—, por medio de los

cuales se establece que la DC realizó inspección en el establecimiento “

i ” propiedad de la proveedora, así como el hallazgo de 4 productos, denominados GV 24 CT BLUEBERRY PANCAKE, marca Great Value, contenido neto declarado Net Weight 935 g., **que estaban siendo ofrecidos a los consumidores y en el etiquetado del producto, en el mismo campo de visión del nombre, no aparecen las palabras o frases adicionales que indiquen al consumidor que es un producto congelado**; incumpliendo lo que se establece en el numeral 5.1.2 del RTCA 67.01.07:10.

- b) Acta de inspección DVM-EG/017/20 de fecha 28/01/2020—fs. 13 y 14— e Informe de inspección de etiquetado general de pancakes congelados (Tabla 3), —fs. 19 al 23—, por medio de los cuales se establece que la DC realizó inspección en el establecimiento

’ propiedad de la proveedora, así como el hallazgo de 6 productos, denominados GV 24 CT BUTTERMILK PANCAKE, marca Great Value, contenido neto declarado Net Weight 935 g., **que estaban siendo ofrecidos a los consumidores y en el etiquetado del producto, en el mismo campo de visión del nombre, no aparecen las palabras o frases adicionales que indiquen al consumidor que es un producto congelado**; incumpliendo lo que se establece en el numeral 5.1.2 del RTCA 67.01.07:10; asimismo, **la declaración sobre los ingredientes que pueden causar reacciones alérgicas a personas con hipersensibilidad, no se consigna de la manera que establece el RTCA 67.01.07:10 en el numeral 5.2.1.5; además, no se declara en la etiqueta la clase funcional de los aditivos alimentarios, tal como lo establece el numeral 5.2.3.3 del RTCA 67.01.07:10.**

- c) Impresiones de fotografías vinculadas con las actas de inspección No. DVM-EG/16/20 (fs. 9 al 12), DVM-EG/17/20 (15 al 18); con las que se establece la presentación de los productos objeto del hallazgo.

Respecto a la documentación, se advierte que la denunciada no pudo desvirtuar la veracidad de la misma. En razón de lo anterior se concluye que los citados documentos, al mantener una conexión lógica con los hechos alegados en la denuncia, adquieren total certeza.

VI. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

Con base en los elementos probatorios antes señalados y en virtud de la *presunción de certeza* que goza el acta de inspección de la Defensoría del Consumidor, este Tribunal establece que existe prueba suficiente para determinar que la proveedora OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V., ofreció (i) 4 unidades de producto alimenticio (pancakes congelados), en los cuales en el etiquetado del producto, en el mismo campo de visión del nombre, no aparecen las palabras o frases adicionales que indiquen al consumidor que es un producto congelado, de acuerdo a lo establecido en el numeral 5.1.2 del RTCA 67.01.07:10.

De la misma forma, existe prueba suficiente para determinar que la proveedora ofreció en su establecimiento (ii) 6 unidades de producto alimenticio, consistente en: Pancakes congelados, marca Great Value, contenido neto declarado Net Weight 935 g., en los cuales en el etiquetado del producto, en el mismo campo de visión del nombre, no aparecen las palabras o frases adicionales que indiquen al consumidor que es un producto congelado, de acuerdo a lo establecido en el numeral 5.1.2 del RTCA 67.01.07:10; asimismo, la declaración sobre los ingredientes que pueden causar reacciones alérgicas a personas con hipersensibilidad, no se consigna de la manera que establece el RTCA 67.01.07:10 en el numeral 5.2.1.5; además, no se declara en la etiqueta la clase funcional de los aditivos alimentarios, tal como lo establece el numeral 5.2.3.3 del RTCA 67.01.07:10.

Por otra parte, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 42 inc. 2° del Código Civil, según el cual: *“Culpa leve (...) es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios (...)”*, así como a lo estipulado en el inc. 3° del mismo artículo: *“El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa”*, y a lo señalado en el artículo 947 del C. Com, relativo a que: *“Las obligaciones mercantiles deben cumplirse con la diligencia de un buen comerciante en negocio propio”*, este Tribunal concluye, que en el presente caso la denunciada actuó de manera negligente en la gestión de su negocio, ya que como propietaria del establecimiento tenía la obligación principal de verificar y únicamente poner a disposición del consumidor aquellos productos que cumplan los requisitos y condiciones exigidas por la ley para su comercialización, lo cual no hizo, al comercializar un total de 10 productos cuyas etiquetas no cumplieran con las exigencias especiales que se determinan en las normativas técnicas de etiquetado, poniendo en riesgo potencial el derecho a la información de los consumidores.

En consecuencia, este Tribunal concluye que existe responsabilidad de la proveedora por la comisión de la infracción que se le imputa y efectivamente se configura el ilícito establecido en el artículo 43 letra f) de la LPC –vigente al momento que sucedieron los hechos–, resultando procedente imponer la sanción respectiva, conforme al artículo 46 de la misma ley.

VII. PARÁMETROS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

Como se expuso en los acápites precedentes, se estableció la comisión de la infracción grave contenida en el artículo 43 letra f) –vigente al momento que sucedieron los hechos– de la LPC, la que se sanciona con multa hasta de doscientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria, artículo 46 LPC; por consiguiente, es facultad de este Tribunal determinar la sanción que corresponda, a la luz de los parámetros establecidos en la LPC, su reglamento y la jurisprudencia aplicable.

Así, el artículo 49 de la LPC establece los criterios para la determinación de la multa, siendo estos: tamaño de la empresa, el impacto en los derechos del consumidor, la naturaleza del perjuicio causado o

grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores, el grado de intencionalidad del infractor, el grado de participación en la acción u omisión, cobro indebido realizado y las circunstancias en que ésta se cometa, la reincidencia o incumplimiento reiterado, según sea el caso.

A continuación, se concretará cada uno de ellos, en lo aplicable al presente caso:

a. Tamaño de la empresa.

Según la Ley de Fomento, Protección y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa (ley Mype) en su artículo 3 define a las micro y pequeñas empresas de la siguiente manera: "*Microempresa: Persona natural o jurídica que opera en los diversos sectores de la economía, a través de una unidad económica con un nivel de ventas brutas anuales hasta 482 salarios mínimos mensuales de mayor cuantía y hasta 10 trabajadores. Pequeña Empresa: Persona natural o jurídica que opera en los diversos sectores de la economía, a través de una unidad económica con un nivel de ventas brutas anuales mayores a 482 y hasta 4,817 salarios mínimos mensuales de mayor cuantía y con un máximo de 50 trabajadores*".

A partir de la documentación financiera presentada por la proveedora en el disco compacto de fs. 42, consistente en declaraciones del impuesto sobre la renta y contribución especial de los ejercicios fiscales de los años 2019 y 2020; formularios de declaración y pago del Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios del período comprendido desde el mes de diciembre de 2019 hasta el mes de abril de 2021; y los estados financieros auditados correspondientes al año 2019, se tomará en cuenta, la declaración del impuesto sobre la renta y contribución especial del año 2020, por ser el año en el que ocurrieron los hechos de la infracción, comprobando que, en el referido año, la proveedora tuvo un total de ingresos por la cantidad de \$778,360,506.76 dólares de los Estados Unidos de América.

Al contrastar la información financiera de la proveedora, con lo establecido en el art. 3 de la Ley Mype, este Tribunal concluye que la proveedora OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V., cuenta con ingresos superiores a los regulados por dicha ley, los cuales se equiparan a los de un gran contribuyente (declaración del impuesto sobre la renta y contribución especial del año 2020, por lo que, para los efectos de la cuantificación de la multa será considerada como una empresa de tamaño grande.

Cabe mencionar, que este Tribunal ha tenido acceso además a información de carácter público del Ministerio de Hacienda, Dirección General de Impuestos Internos, en la que la proveedora denunciada se encuentra clasificada como **gran contribuyente**, por lo que para los efectos de la cuantificación de la multa así será considerada.

Cabe mencionar también, que en el presente procedimiento administrativo sancionador la proveedora infractora ha mostrado una conducta procesal que evidencia el cumplimiento de su deber a

prestar la colaboración que le es requerida para el buen desarrollo de los procedimientos (artículo 17 número 5 de la LPA).

b. Grado de intencionalidad del infractor.

Este Tribunal considera este elemento en el sentido de analizar si el sujeto ha obrado dolosa o cuando menos culposamente; es decir, que la transgresión a la norma haya sido querida o se deba a imprudencia o negligencia del sujeto. Por tanto, la existencia de un nexo de culpabilidad constituye una condición para la configuración de la conducta sancionable.

Así, en reiteradas ocasiones, este Tribunal ha establecido a través de sus resoluciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 40 inciso segundo de la LPC, que las infracciones administrativas son sancionables aún a título de simple negligencia o descuido. En ese orden, del análisis de los hechos y documentación agregada al expediente, se determinó una actuación negligente por parte de la proveedora, pues, como propietaria del establecimiento, es la principal responsable de adoptar las medidas necesarias a efecto de dar cumplimiento a las obligaciones que impone la ley de la materia, como es verificar que los productos que ofrecía a sus clientes cumplieran todos los requerimientos de las normas técnicas al momento de recibirlos de su proveedor, y en caso de que estos no cuenten con información completa en sus etiquetas, sean cambiados inmediatamente a fin de no comercializar productos a los consumidores que no cumplan la normativa técnica vigente. Por lo que, en el presente caso, se configura plenamente una conducta negligente por parte de la proveedora OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V., por no haber atendido con la debida diligencia su negocio, incumpliendo su obligación como comerciante.

c. Grado de participación en la acción u omisión.

A partir de un examen del presente expediente administrativo, queda demostrado que el grado de participación en la comisión de la infracción de la proveedora, es directa e individual, pues se acreditó: (1) que en el establecimiento de su propiedad — el día 28/01/2020, — se puso a disposición de los consumidores 4 unidades de producto alimenticio (pancakes congelados), en los cuales en el etiquetado del producto, en el mismo campo de visión del nombre, no aparecen las palabras o frases adicionales que indiquen al consumidor que es un producto congelado, de acuerdo a lo establecido en el numeral 5.1.2 del RTCA 67.01.07:10; y, (2) en el mismo establecimiento y en la misma fecha, se puso a disposición de los consumidores 6 unidades de producto alimenticio, consistente en: Pancakes congelados, marca Great Value, contenido neto declarado Net Weight 935 g., en los cuales en el etiquetado del producto, en el mismo campo de visión del nombre, no aparecen las palabras o frases adicionales que indiquen al consumidor que es un producto congelado, de acuerdo a lo establecido en el numeral 5.1.2 del RTCA 67.01.07:10; asimismo, la declaración sobre los ingredientes que pueden causar reacciones alérgicas a personas con hipersensibilidad, no se consigna de la manera que establece

el RTCA 67.01.07:10 en el numeral 5.2.1.5; además, no se declara en la etiqueta la clase funcional de los aditivos alimentarios, tal como lo establece el numeral 5.2.3.3 del RTCA 67.01.07:10.

d. Impacto en los derechos del consumidor y naturaleza del perjuicio ocasionado.

En el caso en particular, es pertinente señalar que la configuración de la infracción administrativa relativa a *comercializar productos que no cumplen con las normas técnicas vigentes*, consignada en el artículo 43 letra f) de la LPC; transgrede el derecho de los consumidores de recibir de la proveedora la información completa, precisa, veraz, clara y oportuna, que determine las características de los productos a adquirir; y que si bien, en este caso, con dicha conducta, no se ha comprobado un daño concreto a una persona en particular, este Tribunal reafirma que la acción que configura la infracción es capaz de ocasionar un perjuicio potencial en el colectivo de consumidores, ya que basta que los productos que no cumplen con las normas técnicas vigentes se encuentren a disposición de los consumidores para generar el riesgo que éstos sean adquiridos en dichas condiciones.

Al respecto, es importante señalar que la falta de datos requeridos por disposición normativa, impacta no solo en el derecho de información de los consumidores, sino que, además, representa un perjuicio potencial en bienes jurídicos como la salud o la seguridad de los consumidores, que son tutelados por el legislador de forma difusa.

En este punto, debe recordarse lo sostenido el Juzgado Segundo de lo Contencioso Administrativo, en jurisprudencia reciente (V.gr. en la sentencia de referencia 00010-18ST-COPA-2CO de las diez horas del día 12/06/2018), *“no era necesario que se determinara, por ejemplo, que un consumidor compró o adquirió tales productos para acreditarse el daño, basta con que estos sean ofrecidos a los mismos, tal como lo describe la conducta típica (“Ofrecer bienes en los que no se cumplan las normas técnicas vigentes”). Así, el ofrecer un producto que no cumple las normas técnicas, en este caso, la designación del tipo de yogurt, inhibe al consumidor el conocer información sobre un producto que puede ser de su interés”*.

En línea con lo anterior, la SCA en la sentencia definitiva de referencia 416-2011, pronunciada a las quince horas con catorce minutos del día 21/12/2018, ha establecido que: *“en las infracciones de peligro abstracto, el legislador, atendiendo a la experiencia, advierte una peligrosidad general de la acción típica para un determinado bien jurídico, a partir de una valoración probabilística, por lo que con la tipificación se dispone adelantar la barrera de protección sancionando el accionar, sin esperar la realización de un peligro concreto de una persona determinada o de la lesión efectiva”*.

En este orden de ideas, y tomando en cuenta la jurisprudencia antes referida, se puede afirmar que para imponer la sanción respectiva en el presente caso y, además, para graduar la misma, (a) no es necesario comprobar ni justificar una afectación concreta y material en la esfera de los consumidores;

(b) ni que existan denuncias de personas que hubiesen adquirido los bienes ofrecidos por la proveedora, que resultaron con incumplimiento.

e. Cobro indebido realizado, las circunstancias en que esta se comete y el beneficio que obtiene el infractor.

Este parámetro será considerado según lo establece la Sala de Constitucional en la sentencia de inconstitucionalidad de ref. 109-2013 de fecha 14/01/2016, en la que señala que uno de los factores de dosimetría punitiva es: “(...) *el beneficio que, si acaso, obtiene el infractor con el hecho*”. Conforme a ello, debemos tener en cuenta el precio de los productos objeto de hallazgo, pues de haberse realizado la venta de los mismos, esto constituiría el beneficio ilícito obtenido por la infractora.

Así, para el caso que nos ocupa, de la lectura de las Actas de Inspección e Impresiones de fotografías (fs. 7 al 18) con las que se establece la presentación de los productos objeto del hallazgo y el precio de los mismos, se observó lo siguiente:

Acta	Establecimiento	Producto	Acta de Inspección	Precio ofrecido al público	Foto	Total beneficio potencial de concretarse la venta
DVM-EG/16/20		GV 24 CT BLUEBERRY PANCAKE, marca Great Value, contenido neto declarado Net Weight 935 g.-	28/01/2020 (fs. 7-8)	\$5.25	fs. 9 a 12	\$21.00
DVM-EG/17/20		GV 24 CT BUTTERMILK PANCAKE, marca Great Value, contenido neto declarado Net Weight 935 g.-	28/01/2020 (fs. 13-14)	\$5.25	fs. 41	\$31.50

Considerando la información anterior, en el presente caso se observa la concurrencia de situaciones en las que puede estimarse un posible beneficio ilícito generado por la infracción, pero éste resulta sustantivamente inferior al perjuicio ocasionado por la misma. En esta situación, una multa basada estrictamente en el *beneficio potencial* podría resultar desproporcionadamente baja con relación a la *gravedad del perjuicio potencial* generado por la infracción.

Cabe precisar entonces que, en el caso de mérito, la multa a imponer tomará en cuenta no solo la cuantía del posible beneficio ilícito que obtendría la proveedora en el caso de que efectivamente hubiera vendido los productos objeto de hallazgo, el cual ascendería a la cantidad total de **\$52.50**, sino que también se calculará la multa considerando el perjuicio potencial causado por la comisión de la infracción.

En tal sentido, conforme a lo expuesto en el romano **VI** de la presente resolución, a partir de las inspecciones realizadas por la DC, se comprobó que la proveedora comercializó a los consumidores - *en un establecimiento de su propiedad y en la misma fecha*- productos en cuyas etiquetas no se indicaba la clase funcional de los aditivos alimentarios, no se declaraba en el mismo campo de visión del nombre, palabras o frases adicionales que indicaran la naturaleza o condición física del alimento, siendo éste un congelado; y por contar en la etiqueta complementaria con la declaración sobre las reacciones alérgicas que pueden causar algunos de sus ingredientes a personas con hipersensibilidad, pero la misma no aparece luego de la lista de ingredientes del producto, sino a continuación de la declaración de conservación del alimento.

Al respecto, es importante señalar que la utilización de aditivos está estrictamente regulada y los criterios que se tienen en cuenta para su uso es que tengan una utilidad demostrada, sean seguros, en términos de inocuidad y no se utilicen para la fabricación de productos fraudulentos al consumidor. El punto de partida para determinar si un aditivo alimentario se puede utilizar sin causar efectos perjudiciales, es el establecimiento de la ingesta diaria admisible, que es una estimación de la cantidad de la sustancia -presente en los alimentos o en agua potable- que una persona puede ingerir a diario durante toda la vida sin que llegue a representar un riesgo apreciable para su salud. Las personas que tienen alergias o son sensibles a determinados aditivos alimentarios deben leer atentamente estas etiquetas para no ocasionar un daño a su salud o poner en riesgo su vida; **ahí la importancia de que dicha información conste en la etiqueta de los productos.**

Por otra parte, las etiquetas en los alimentos envasados pueden ser una fuente útil de información para seleccionar y comprar alimentos. Comparar el contenido nutricional y el tamaño de las porciones de diferentes productos puede ayudar en la planificación de comidas y meriendas saludables; así como a seleccionar alimentos que cubran las necesidades individuales de nutrientes. El etiquetado nutricional de alimentos preenvasados es especialmente importante para personas que necesitan seguir una alimentación especial o restrictiva, garantizando, sin riesgo alguno, su derecho a la salud.

En consecuencia, este Tribunal estima que, la falta de información en las etiquetas de los productos, también representa un **perjuicio potencial grave** a la vida y la salud de los consumidores y debe ser tomado en consideración como criterio para la determinación de la multa, pues se ha evidenciado una puesta en peligro, en más de una ocasión, los derechos fundamentales de los consumidores.

f. Finalidad inmediata o mediata perseguida con la imposición de la sanción.

Mediante la multa impuesta, este Tribunal Sancionador pretende disuadir a la infractora OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V., que ha cometido la infracción descrita en el artículo 43 letra f) de la LPC, con el fin de evitar futuras conductas prohibidas en detrimento de los consumidores y que adopte las medidas necesarias a efecto de dar cumplimiento a las obligaciones que le impone la LPC.

Es menester señalar que este Tribunal, con la imposición de la sanción —multa—, busca prevenir futuros incumplimientos a la LPC como el que nos ocupa, máxime cuando todo proveedor de bienes se encuentra en la obligación de comercializar productos que sean óptimos para el consumo, situación que no consta acreditada en el presente caso, con el fin de salvaguardar el interés general.

VIII. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA MULTA

Este Tribunal, en uso de la sana crítica -artículo 146 inc. 4° de la LPC- y habiendo considerado los elementos del artículo 49 de la LPC, procederá a realizar el cálculo de la multa a imponer a la proveedora OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V.

De acuerdo al artículo 46 de la LPC, las infracciones calificadas como graves se sancionarán con multa hasta de 200 salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.

Para tal efecto, respecto al tamaño de empresa, se ha considerado a la proveedora como una empresa de *tamaño grande*, según lo relacionado en la letra a. del romano anterior.

Por otra parte, es importante reiterar que las sanciones en materia de consumo tienen doble finalidad: por un lado, corregir al que ha realizado la práctica ilegal y, por otro, evitar que se sigan cometiendo conductas prohibidas en detrimento de los consumidores (carácter disuasivo de la sanción).

Dicho esto, en el caso de mérito se efectuó la modulación de la multa en razón del grado de intencionalidad de la conducta cometida, ya que para el caso no se acreditó el dolo, sino *negligencia*. También se tomó en cuenta que el beneficio potencial que pudo obtener la proveedora fue *mínimo*, en caso de haberse concretado la venta del producto objeto de hallazgo, el cual ascendería a la cantidad total de \$52.50; no obstante lo anterior, tal como se señaló en la letra e. del romano **VII** de esta resolución, se tomó en cuenta el perjuicio potencial de la conducta realizada por la proveedora, el cual ha sido catalogado como *grave*, ya que, la misma fue verificada *en diferentes productos y en varios requisitos de etiquetado según las normas técnicas vigentes*, poniendo en riesgo no solo el derecho a la información de los consumidores; sino que, además, los derechos a la vida y la salud.

Finalmente, en el presente procedimiento ha quedado evidenciado el hecho que la proveedora denunciada aportó la documentación financiera solicitada, cumpliendo con ello, su deber de prestar la colaboración que le es requerida para el buen desarrollo del procedimiento (artículo 17 número 5 de la LPA); razón por la cual, dicho aspecto ha sido tomado en cuenta en favor de la proveedora para la cuantificación de la multa.

Por consiguiente, y conforme al análisis antes expuesto, en aplicación de los principios de disuasión, proporcionalidad y racionalidad, que deben sustentar la imposición de la sanción, es procedente imponer a la proveedora OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V. una multa de: TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA DÓLARES CON CUATRO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS

DE AMÉRICA (\$3,650.04), equivalentes a doce meses de salario mínimo mensual urbano en la industria, por la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra f) de la LPC, en relación al artículo 7 inciso primero y 27 inciso tercero de la LPC, artículos 5.1.2, 5.2.1.5, 5.2.2.3 y 9.2.1 del RTCA 67.01.07:10; y 5 del RTCA 67.04.54:10, por comercializar productos que no cumplen la normativa técnica vigente, al encontrarse a disposición de los consumidores productos en cuyas etiquetas no se indicaba: **(i)** la clase funcional de los aditivos alimentarios; **(ii)** no se declaraba en el mismo campo de visión del nombre, palabras o frases adicionales que indicaran la naturaleza o condición física del alimento, siendo éste un congelado; y **(iii)** por contar en la etiqueta complementaria con la declaración sobre las reacciones alérgicas que pueden causar algunos de sus ingredientes a personas con hipersensibilidad, pero la misma no aparece luego de la lista de ingredientes del producto, sino a continuación de la declaración de conservación del alimento.

IX. DECISIÓN

Por tanto, sobre la base de lo anteriormente expuesto y con fundamento en los artículos 11, 14, 101 inciso 2° de la Constitución de la República; 7 inciso primero, 27 inciso tercero, 40, 43 letra f), 46, 49, 83 letra b), 144 y siguientes de la LPC; y 112, 139 y 154 de la LPA, este Tribunal **RESUELVE:**

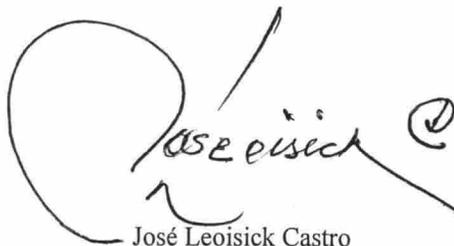
- a) *Téngase por agregado* el escrito presentado por la licenciada
... así como la documentación que consta agregada de fs. 35 al 41. Además, *tome nota* la Secretaría de este Tribunal de los medios y lugar señalado por la apoderada de la proveedora denunciada para recibir actos de comunicación; así como del nombre de las personas comisionadas para tal efecto.
- b) *Dese intervención* a la proveedora OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V., por medio de su apoderada general judicial, licenciada
- c) *Téngase por contestada* la audiencia conferida a OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V., en los términos relacionados en la presente resolución.
- d) *Sanciónese* a la proveedora OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V., con la cantidad de TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA DÓLARES CON CUATRO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$3,650.04), equivalentes a doce meses de salario mínimo mensual urbano en la industria —D.E. N° 6 del 21/12/2017, publicado en el D.O. N° 240, tomo 417 del 22/12/2017—, por la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra f) de la LPC —vigente al momento que sucedieron los hechos— en relación a los artículos 7 inciso primero y 27 inciso tercero de la LPC, artículos 5.1.2, 5.2.1.5, 5.2.2.3 y 9.2.1 del RTCA 67.01.07:10; y 5 del RTCA 67.04.54:10, conforme al análisis expuesto en la presente resolución y con fundamento en las disposiciones legales precitadas.

Dicha multa debe hacerse efectiva en la Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda, **dentro de los diez días hábiles siguientes al de la notificación de esta resolución**, debiendo comprobar a este Tribunal su cumplimiento dentro del plazo indicado; caso contrario, la Secretaría de este Tribunal **certificará la presente resolución para ser remitida a la Fiscalía General de la República para su ejecución forzosa.**

e) *Notifíquese.*

INFORMACIÓN SOBRE RECURSO

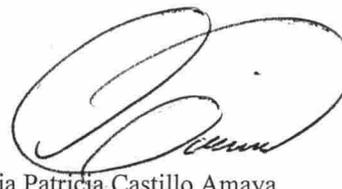
La presente resolución no admite recurso, de conformidad con lo expuesto en el artículo 167 inciso 3° de la Ley de Procedimientos Administrativos, según el cual: *“Los actos y resoluciones dictados con posterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, se regirán en cuanto al régimen de recursos, por las disposiciones de la misma.”*; en relación con el artículo 158 N° 5 del mismo cuerpo normativo, que dispone: *“La resolución por la que se decida tramitar el expediente mediante el procedimiento simplificado y la resolución que pone fin al procedimiento, no admitirán ningún recurso (...)”*.



José Leoisick Castro
Presidente



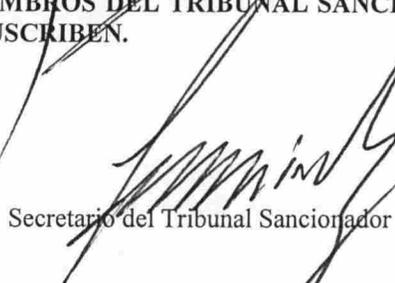
Pablo José Zetayá Meléndez
Primer vocal



Lidia Patricia Castillo Amaya
Segunda vocal

PRONUNCIADA POR LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL SANCIONADOR DE LA DEFENSORÍA DEL CONSUMIDOR QUE LA SUSCRIBEN.

OG/MIP



Secretario del Tribunal Sancionador