

	<p style="text-align: center;">TRIBUNAL SANCIONADOR</p>	<p>Fecha: 02/07/21 Hora: 09:01 Lugar: San Salvador.</p>	<p style="text-align: right;">Referencia: 489-20</p>
RESOLUCIÓN FINAL			
I. INTERVINIENTES			
Denunciante:	Presidencia de la Defensoría del Consumidor —en adelante la Presidencia—		
Proveedora denunciada:	OPERADORA DEL SUR, S.A de C.V.		
II. HECHOS DENUNCIADOS			
<p>La Presidencia de la Defensoría del Consumidor expuso en su denuncia que, en cumplimiento a lo dispuesto en el art. 2 letra d) del Decreto N° 593 y en uso de sus competencias de vigilancia e inspección establecidas en el art. 58 letra f) de la Ley de Protección al Consumidor —en adelante LPC—, el día 17/04/2020 practicaron inspección en el establecimiento denominado: “<i>Despensa Familiar Darío 566</i>”, propiedad de la proveedora denunciada OPERADORA DEL SUR, S.A de C.V.</p>			
<p>Como resultado de las diligencias realizadas se levantó el acta de inspección SS0769/2020 (fs. 6) y Anexo SEIS (fs. 12), en los que se documentó que fueron encontrados a disposición de los consumidores: <i>Un total de 57 unidades de güisquil criollo, sin marca, el cual se encontraba siendo comercializado a los consumidores a un precio de \$0.45 centavos de dólar por unidad, cuando el precio regulado al momento de la inspección era de \$0.40 centavos de dólar para el ámbito general por unidad en supermercado</i>, según Acuerdo N° 37, emitido el 17/04/2020 por la Defensoría del Consumidor, vigente a la fecha de los hallazgos.</p>			
III. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.			
<p>Tal como consta en auto de inicio (fs. 13 al 16) se le imputa a la proveedora denunciada la comisión de la infracción muy grave establecida en el artículo 44 inciso segundo numeral 3) de la LPC, por: “<i>Ofrecer, comercializar o vender, bienes o servicios a precios o cantidades superiores al precio máximo fijado por la Defensoría del Consumidor</i>”. Dicha disposición además determina que: “<i>Incurrirán en la referida infracción proveedores habituales o eventuales de dichos productos, así como cualquier persona natural o jurídica que realice alguna de dichas acciones, en establecimientos comerciales, lugares públicos o privados, o mediante comercio electrónico.</i>”. La referida infracción se relaciona directamente con el ejercicio de la competencia de la Defensoría del Consumidor —en adelante DC— del artículo 58 letra c) de la LPC: “<i>Fijar y modificar los precios máximos de los bienes intermedios y finales de uso o de consumo y de los servicios en caso de emergencia nacional, calamidad pública o desastre, siempre que se trate de productos y servicios esenciales (...)</i>” y al Acuerdo N° 37, emitido por la DC en fecha 17/04/2020, en el que se fijan y modifican los precios máximos de productos esenciales, entre ellos: <i>güisquil criollo</i> .</p>			
<p>El término «ofrecer» a que hace referencia la ley, puede entenderse como el hecho de tener una diversidad de productos dentro de un establecimiento con el ánimo de invitar al consumidor que los adquiera</p>			

para su uso o consumo, no siendo necesario que los mismos hayan sido vendidos a determinados consumidores, sino que basta con haberlos puesto a disposición de éstos.

Como consecuencia, la conducta ilícita tiene lugar cuando dentro de esa variedad de bienes que se *ofrecen, comercializan o venden* al consumidor en un determinado establecimiento se verifican productos, cuyo precio se encuentra controlado por la autoridad competente (DC), pero los precios de los mismos superan los precios máximos fijados por la DC en el marco de una *emergencia nacional, calamidad pública o desastre natural*, resultando entonces el comerciante en incumplimiento de ley.

Por lo anterior, en el caso particular, este Tribunal deberá analizar la concurrencia de los siguientes elementos: *(i)* la existencia de la declaratoria de emergencia nacional que habilita a la DC para la fijación y modificación de precios máximos; *(ii)* la existencia de un instrumento por medio del cual la DC haya fijado los precios máximos de productos que guardan relación con los hechos denunciados; y *(iii)* que los productos que se ofrecen, comercializan o venden a los consumidores en establecimientos comerciales –por cuenta de proveedores habituales o eventuales–, cuenten con un precio superior al fijado por la DC; lo que, en caso de configurarse, daría lugar a la sanción prescrita en el artículo 47 de la LPC.

IV. CONTESTACIÓN DE LA PROVEEDORA DENUNCIADA

A. El día 15/05/2020, se recibió escrito firmado por el licenciado _____, en calidad de apoderado general judicial de la sociedad OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V.; quien expuso argumentos de defensa sobre los hechos atribuidos a su representada, consistentes —en esencia—: *(i)* que en virtud de lo establecido por el artículo 40 inciso segundo de la LPC: *“Comete infracción a las disposiciones de la presente ley, el proveedor que, en la venta de un bien o en 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”*, manifestó que de la documentación presentada, no se puede determinar que los delegados de la autoridad denunciante 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; por lo que —a su juicio—, al no existir dicho menoscabo ni evidencia del mismo en el presente procedimiento, no resulta posible imputar culpabilidad alguna a su poderdante; y, que *(ii)* *debido a la gran cantidad de productos se vuelve casi imposible tener un cien por ciento de certeza en el cumplimiento de las normativas respectivas.*

En fecha 03/02/2021, se recibió escrito de fs. 73 al 74, firmado por la licenciada _____, apoderada general judicial de la proveedora OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V.; por lo que, en virtud de haberse acreditado su personería, se da intervención a la licenciada _____ en la calidad en que comparece. Por medio del referido escrito, contesta la audiencia conferida en resolución del día 07/09/2020 (fs. 68) y agrega la documentación de fs. 75 al 117.

B. Ahora bien, respecto de los alegatos presentados por el licenciado _____ este Tribunal procederá a pronunciarse a continuación:

(i) Respecto 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 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 “*Ofrecer, comercializar o vender, bienes o servicios a precios o cantidades superiores al precio máximo fijado por la Defensoría del Consumidor*”—artículo 44 inciso segundo numeral 3) 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 con que los productos se encuentren a disposición de los consumidores a precios superiores al fijado por la DC, para generar el riesgo que los adquieran en dicha condición.

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

(ii) Finalmente, respecto al alegato relacionado a que *debido a la gran cantidad de productos se vuelve casi imposible tener un cien por ciento de certeza en el cumplimiento de las normativas respectivas*, este Tribunal tiene a bien recordar a la proveedora que al ser una persona jurídica de carácter privado que desarrolla actividades de comercialización de bienes de consumo se encuentra sujeta al estricto cumplimiento de lo establecido en la LPC, conforme a lo anterior, la ley obligaba a OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V. a verificar que los productos que ofrecía a sus clientes cumplieran todos los requerimientos de la normativa vigente al momento en que ocurrieron los hechos denunciados.

De ahí que, tal situación no le exime de responsabilidad respecto de las conductas que pueden configurar las infracciones al artículo 44 inciso segundo numeral 3) de la LPC; por el contrario, la afirmación realizada, revela negligencia por parte de la proveedora de no verificar ni asegurarse que en sus establecimientos no se ofrezcan productos que incumplan la normativa en materia de consumo. Lo anterior revela que existe una omisión de sus obligaciones como proveedora, queriendo justificarse en el alto volumen de existencias que tienen como cadena de supermercados.

V. VALORACIÓN DE PRUEBA/HECHOS PROBADOS

A. De conformidad con los artículos 146 de la LPC y 106 inc. 3° de la LPA, las pruebas oportunas, pertinentes y conducentes aportadas en el procedimiento, serán valoradas conforme a las reglas de la sana crítica; a excepción de la prueba documental, la cual se realizará conforme al valor tasado de la misma en el derecho común.

En ese sentido, la Sala de lo Constitucional en la resolución final pronunciada en el proceso acumulado con número de referencia 23-2003/41-2003/50-2003/17-2005/21-2005, de fecha 18/12/2009, en lo que concierne al valor tasado de las pruebas mencionó: *“Cuando la ‘utilización’ de la máxima de experiencia viene predeterminada por la norma procesal, hablamos del sistema de valoración denominado prueba tasada o tarifa legal; es decir, en la prueba tasada o tarifa legal, lo que hace el legislador es proveer una de las máximas que deben integrarse al razonamiento probatorio del juez, como la premisa mayor del silogismo fundamental sobre cada medio de prueba (...) el legislador señala una lista de medios de prueba y a cada uno le asigna un determinado y preciso valor probatorio -certeza objetiva-; es decir que, en este caso, amparado en la seguridad jurídica, el legislador determina previamente la máxima de experiencia, aunque con distinta fuerza dependiendo de la prueba de que se trate”*. (Los resaltados son nuestros).

Dicho esto, el artículo 106 inc. 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”*.

Además, el artículo 341 del Código Procesal Civil y Mercantil —en adelante CPCM— determina el valor probatorio de los instrumentos, así: *“Los instrumentos públicos constituirán prueba fehaciente de los hechos, actos o estado de cosas que documenten; de la fecha y personas que intervienen en el mismo, así como del fedatario o funcionario que lo expide. Los instrumentos privados hacen prueba plena de su contenido y otorgantes, si no ha sido impugnada su autenticidad o ésta ha quedado demostrada. Si no quedó demostrada tras la impugnación, los instrumentos se valorarán conforme a las reglas de la sana crítica”*. (Los resaltados son nuestros).

Finalmente, el artículo 63 del Reglamento de la LPC, viene a reforzar lo estipulado en el derecho común al establecer: *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.*

Así las cosas, este Tribunal valorará la prueba de conformidad a los métodos aceptados en el ordenamiento jurídico, para posteriormente determinar si en el presente procedimiento se ha configurado la infracción consignada en el artículo 44 inciso segundo numeral 3) de la LPC, por ofrecer bienes a precios superiores al máximo fijado por la DC.

B. En el presente procedimiento sancionatorio, se incorporó prueba documental consistente en:

1. Acta SS0769/2020 de fecha 17/04/2020 —fs. 6— y Anexo SEIS denominado Formulario para constatación de precio máximo de venta regulado (productos que incumplen) —fs. 12—, por medio de los cuales se establece que la DC realizó inspección en el establecimiento “*Despensa Familiar Darío 566*” propiedad de la proveedora denunciada, así como los hallazgos de productos que estaban siendo comercializados a precios superiores al precio máximo fijado por la DC, conforme al detalle siguiente:

Nº	Producto	Marca	Descripción del producto	Cantidad/Unidad de medida	Precio Regulado	Precio ofrecido al público	Existencia de Productos
1	<i>Güisquil Criollo</i>	Sin Marca	Verdura	Unidad	\$0.40	\$0.45	57

2. Ticket de caja del producto *Güisquil Criollo*, sin marca, código de identificación 000000007641K —unidad—, cuyo precio de venta al público refleja \$0.45 (fs. 5)
3. Fotocopia de documento denominado *Formulario Solicitud Notas Prioritarias* (fs. 26), con el que se comprueba que a partir del día 01/04/2020 el precio fijado por la proveedora para cada unidad del producto *Güisquil criollo* era de \$0.40
4. Fotocopias de tickets de caja, emitidos por la proveedora denunciada entre los días 01/04/2020 al 15/04/2020 (fs. 27 al 38), con los cuales se acredita que el código de identificación del producto *Güisquil Criollo*, denominado en los tickets como “*Uisquil CR*” es el 000000007641K. Además, resulta necesario resaltar, que, con las fotocopias de los tickets de caja proporcionados por la proveedora denunciada, se evidencia el precio de venta del producto *Güisquil Criollo*, \$0.40 por unidad, en los días previos a que se realizara la inspección practicada por la Defensoría del Consumidor; no obstante lo anterior, dicha documentación no es suficiente para desvirtuar el hallazgo documentado mediante acta de inspección y su correspondiente anexo SEIS, fs. 6 y 12.

VI. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

A. Como marco general, es necesario tomar como referencia:

1. Que el día 30/01/2020, la Organización Mundial de la Salud —en adelante OMS—, declaró el brote del nuevo Coronavirus (COVID-19) como una emergencia de salud pública de importancia internacional;
2. Que el día 11/03/2020, la OMS declaró el actual brote de Coronavirus (COVID-19) como Pandemia Global, debido al elevado número de casos fuera de China que dieron positivo al mismo; y,
3. Que el día 14/03/2020, se declaró en El Salvador, a través del Decreto Legislativo N° 593 “Estado de Emergencia Nacional de la Pandemia por COVID-19”, estableciendo, en el literal d) del artículo 2, como medida inmediata para la atención a la referida emergencia, entre otras, *el conferir a la Defensoría del Consumidor la competencia para fijar y modificar motivadamente los precios máximos para los*

artículos, bienes, suministros o servicios que tengan relación directa con la prevención, tratamiento, contención y atención de la pandemia por COVID-19.

B. Que, en ese contexto, en cumplimiento a lo dispuesto en el referido artículo del Decreto N° 593 y a la competencia establecida en el artículo 58 letra c) de la LPC, la DC emitió el día 17/04/2020 el Acuerdo N° 37, a través del cual –para el caso que nos ocupa–, fijó y modificó los precios máximos de verduras de ámbito general, así:

Categoría	Producto	Supermercado Precio Máximo (IVA incluido)	Mercados Precio Máximo (IVA incluido)
Verduras	Güisquil Criollo	\$0.40 Unidad	\$0.33 Unidad

Lo anterior, a efectos de garantizar que en el estado de emergencia nacional por la pandemia por COVID-19, los consumidores pudieran obtener dicho producto básico a un precio accesible, en virtud de los incrementos constantes en el precio del mismo, salvaguardando los intereses de los consumidores, prevaleciendo el interés público de la población ante cualquier interés de carácter privado.

C.1. El principio de culpabilidad, reconocido por el artículo 12 de la Constitución, prescribe: *“Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa”*, disposición que es aplicable no solo en el ámbito penal, sino además en el administrativo sancionador (sentencia de inc. 3-92 Ac. 6-92 de la Sala de lo Constitucional, de las doce horas del día 17/12/1992).

En este sentido, la Sala de lo Constitucional respecto al principio de culpabilidad en materia administrativa sancionadora ha expresado que *“... el principio de culpabilidad en esta materia supone el destierro de las diversas formas de responsabilidad objetiva, y rescata la operatividad de dolo y la culpa como formas de responsabilidad. De igual forma, reconoce la máxima de una responsabilidad personal por hechos propios, y de forma correlativa un deber procesal de la Administración de evidenciar este aspecto subjetivo sin tener que utilizar presunciones legislativas de culpabilidad, es decir, que se veda la posibilidad de una aplicación automática de las sanciones únicamente en razón del resultado producido”* (sentencia de Inc. 18- 2008 de Sala de lo Constitucional, de las doce horas veinte minutos del 29/04/2013).

Cabe destacar que una de la subcategorías o corolarios del principio de culpabilidad, es la responsabilidad por el hecho o responsabilidad por la acción ilícita como se denomina en la doctrina administrativa sancionadora. Este principio implica que la sanción únicamente puede recaer a quien en forma dolosa o culposa ha participado en los hechos que configuran una acción ilícita; así lo expone Nieto al referir que *“... el gravamen que la sanción representa solo podrá recaer sobre aquellas [personas] que han participado de forma dolosa o culposa en los hechos constitutivos de infracción. Por lo tanto, no es posible exigir responsabilidad por la sola existencia de un vínculo personal con el actor o la simple titularidad de*

la cosa o actividad en cuyo marco se produce la infracción. La exigencia de individualización de la sanción supone un veto a la responsabilidad objetiva”¹. En este orden, conforme al principio de culpabilidad solamente responde el administrado por sus actos propios, de este modo, se repele la posibilidad de construir una responsabilidad objetiva o basada en la simple relación causal independiente de la voluntad del autor. En congruencia con lo expuesto, en el Derecho Administrativo Sancionador, debe respetarse el principio de culpabilidad, de tal suerte que el elemento indispensable para sancionar un actuar, es la determinación de la responsabilidad subjetiva. (Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, sentencia emitida en el proceso 90-2014, a las catorce horas cincuenta y uno minutos del 24/10/2019).

En relación con el tema de la responsabilidad subjetiva de la proveedora denunciada, este Tribunal considera necesario analizar si la misma 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. Por tanto, la existencia de un nexo de culpabilidad constituye una condición para la configuración de la conducta sancionable.

C.2. Así, con base en los elementos probatorios señalados en el romano **V** de la presente resolución, ha quedado comprobado que el día 17/04/2020, en el establecimiento comercial denominado “*Despensa Familiar Darío 566*”, la proveedora OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V., *ofreció bienes a precios superiores al precio máximo fijado por la DC mediante el Acuerdo N° 37, para el producto güisquil criollo, de ámbito general, en relación al artículo 58 letra c) de la LPC*; específicamente, al tener a disposición de los consumidores, un total de 57 unidades de Güisquil Criollo, los cuales se encontraban siendo comercializados a los consumidores a un precio de \$0.45 de centavos de dólar, cuando el precio regulado al momento de la inspección era de \$0.40 centavos de dólar para supermercados en el ámbito general.

Aunado a lo anterior, este Tribunal ha valorado que la conducta ilícita regulada en el artículo 44 inciso segundo numeral 3) de la LPC, se materializa por el solo hecho de *ofrecer bienes o productos a precios o cantidades superiores al precio máximo fijado por la DC*, es decir, al poner a disposición de los consumidores los productos sin que necesariamente se haya realizado una transacción comercial de venta de los mismos, tal como se señaló en el romano **III** de la presente resolución, al desarrollar los elementos de la infracción.

Por otra parte, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 42 inciso 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 Código de Comercio —en adelante C. Com.—, relativo a que: “*Las obligaciones mercantiles deben cumplirse con la diligencia de un buen comerciante en negocio propio*”.

Analizado los hechos controvertidos en la denuncia, este Tribunal advierte que, con la prueba documental aportada, se ha establecido la responsabilidad de la denunciada respecto del actuar de los

¹ Nieto, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador, quinta edición totalmente reformada, Madrid. Editorial Tecnos, p. 329, 2011

empleados que laboran en el establecimiento denominado: “*Dispensa Familiar Darío 566*”, quienes a pesar de haber sido notificados por medio documento denominado *Formulario Solicitud Notas Prioritarias* (fs. 26), el precio de venta fijado por la proveedora para cada unidad del producto Güisquil, en fecha 17/04/2020 no cumplieron con la instrucción dada por la proveedora y pusieron a disposición de los consumidores, un total de 57 unidades de Güisquil Criollo, los cuales se encontraban siendo comercializados a los consumidores a un precio de \$0.45 de centavos de dólar, cuando el precio regulado al momento de la inspección era de \$0.40 centavos de dólar para supermercados en el ámbito general.

Al respecto, cabe precisar la responsabilidad que la denunciada tiene por los actos de sus dependientes conforme al artículo 378 inc. 1º del C. Com., el cual determina: “*El dependiente obliga al principal*”. Por su parte, el artículo 379 C.Com establece el alcance de tal obligación, así: “*Los actos de los dependientes obligan a sus principales en todas las operaciones que tuvieren a su cargo, en razón del puesto que ocupa frente al público*”.

Conforme a lo anterior, 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 tiene 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 ofrecer un total de 57 unidades de Güisquil Criollo, los cuales se encontraban siendo comercializados a los consumidores a un precio de \$0.45 de centavos de dólar, cuando el precio regulado al momento de la inspección era de \$0.40 centavos de dólar para supermercados en el ámbito general.

En virtud de ello, la denunciada debe ser acreedora de la sanción correspondiente conforme a lo consignado en el artículo 47, previo análisis de los parámetros establecidos en el artículo 49 por el cometimiento del ilícito tipificado en el artículo 44 inciso segundo numeral 3), todos de la LPC.

VII. PARÁMETROS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

Como se expuso en los acápites precedentes, se estableció la comisión de la infracción muy grave contenida en el artículo 44 inciso segundo numeral 3) de la LPC, la que se sanciona con multa hasta de quinientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria —artículo de la 47 LPC—; por consiguiente, es facultad de este Tribunal determinar la sanción y cuantificar la multa 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 presentada por la proveedora, consistentes en declaración y pago del impuesto a la transferencia de bienes muebles y a la prestación de servicios del periodo comprendido entre octubre 2019 y marzo 2020 (fs. 82 al 91), se comprobó que en el referido periodo la proveedora declaró un promedio de ventas mensuales de _\$69,863,273.60.

Al contrastar la información financiera de la proveedora relacionada, con lo establecido en el art. 3 de la Ley Mype, este Tribunal concluye que OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V., cuenta con ingresos superiores a los regulados por dicha ley, por lo que, únicamente para los efectos de la cuantificación de la multa, procederá a considerar a la proveedora como una empresa de *tamaño grande*, tomando en cuenta, además, que la misma se encuentra categorizada como **GRAN CONTRIBUYENTE**, por la Dirección General de Impuestos Internos (DGII), conforme a la competencia atribuida en el literal a) del artículo 23 del Código Tributario, que prescribe que son funciones básicas de la Administración Tributaria "(...) *El registro, control y clasificación de los sujetos pasivos en función de su nivel de ingresos, actividad económica y cualquier otro criterio que permita a la administración cumplir eficazmente con su gestión(...)*". En virtud de lo anterior, este Tribunal pretende guardar el equilibrio entre la finalidad disuasoria de la sanción pecuniaria y el principio de proporcionalidad de dicha medida.

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.

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 aun a título de simple negligencia o descuido. En ese orden, del análisis de los hechos y documentación agregada al expediente, ha quedado evidenciada una actuación negligente por parte de la proveedora, pues como propietaria del establecimiento, es la principal responsable en dar cumplimiento a las obligaciones que impone la ley de la materia, para el presente caso, de *ofrecer*, comercializar o vender bienes o servicios de conformidad a los precios máximos fijados por la DC para los bienes intermedios y finales de uso o de

consumo y de los servicios, en caso de emergencia nacional, calamidad pública o desastre, siempre que se trate de productos y servicios esenciales (...).

Por lo que, se configura plenamente una conducta *negligente* por parte de 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 del examen del presente expediente administrativo, queda demostrado que el grado de participación en la infracción de la proveedora, es directa e individual, pues se acreditó que en el establecimiento de su propiedad —“*Dispensa Familiar Darío 566*”— se omitió dar cumplimiento al Acuerdo N° 37 emitido por la DC en relación a la competencia conferida a la misma en el artículo 58 letra c) de la LPC, al ofrecer ofrecer un total de 57 unidades de Güisquil Criollo, los cuales se encontraban siendo comercializados a los consumidores a un precio de \$0.45 de centavos de dólar, cuando el precio regulado al momento de la inspección era de \$0.40 centavos de dólar para supermercados en el ámbito general de dicha cantidad o medida.

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

En el caso concreto, es pertinente señalar que la infracción administrativa relativa a *ofrecer, comercializar o vender, bienes o servicios a precios o cantidades superiores al precio máximo fijado por la Defensoría del Consumidor (...)* —artículo 44 inciso segundo numeral 3) de la LPC— pone en riesgo inminente los intereses económicos de los consumidores y la seguridad alimentaria de los mismos, puesto que, si bien no se configuró un daño concreto a una persona en particular, este Tribunal reafirma que la acción que configura la infracción ocasionó una afectación directa sobre el último eslabón de la cadena de valor del mercado de verduras del sector privado, es decir, los consumidores finales, ya que, es un hecho notorio y no controvertido que el güisquil criollo es un alimento con alta demanda nacional porque forma parte de la canasta básica, por lo que su incremento de precio tiene una sensible trascendencia en el presupuesto familiar, produce un impacto económico pernicioso para la sociedad salvadoreña y de forma más aguda en el contexto de una pandemia.

Y es que, de conformidad a lo establecido por la Sala de lo Contencioso Administrativo en la sentencia definitiva de referencia 416-2011, pronunciada a las quince horas con catorce minutos del día 21/12/2018: “*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*”, la infracción cometida al artículo 44 inciso segundo numeral 3) de la LPC constituye una infracción de peligro abstracto.

Es por ello que este Tribunal reconoce que, al existir una estrecha relación del deber constitucional del Estado salvadoreño de velar por la salud de los ciudadanos y el deber constitucional que tiene la DC de proteger los intereses de los consumidores en el marco del “Estado de Emergencia Nacional de la Pandemia

por COVID-19” decretado en nuestro país, debe, en aplicación del principio de proporcionalidad, realizar una ponderación de la gradualidad de la cuantificación de la multa pecuniaria acorde con la potencial afectación a los consumidores en su patrimonio, particularmente el presupuesto familiar y la seguridad alimentaria de los mismos.

e. Posible beneficio que obtiene el infractor y la gravedad del daño causado.

Este parámetro será considerado según lo establece la Sala de Constitucional en la sentencia de inconstitucionalidad de ref. 109-2013 de fecha 14 de enero de 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 posible beneficio que la proveedora pudo haber obtenido, en caso de haberse concretado la venta del producto objeto de hallazgo, a partir del excedente del precio al que éste era ofrecido en relación al precio máximo fijado por la DC, y además, las circunstancias o el contexto en que se cometió la infracción, es decir, dentro de un estado de emergencia nacional declarado.

Así, para el caso que nos ocupa, de la lectura del Acta de Inspección y Formulario para constatación de precio máximo de venta regulado (productos que incumplen) —fs. 6 y 12—, se observó lo siguiente:

Producto	Marca	Descripción del producto	Cantidad/ Unidad de medida	Precio Regulado	Precio ofrecido al público	Beneficio potencial de concretarse la venta por unidad	Existencia de Productos	Total beneficio potencial de concretarse la venta
<i>Güisquil Criollo</i>	Sin Marca	Verdura	Unidad	\$0.40	\$0.45	\$0.05	57	\$2.85

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 daño 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 daño* generado por la infracción. Y es que, se ha comprobado que la infracción cometida es capaz de afectar los intereses económicos de los consumidores, particularmente el presupuesto familiar y su seguridad alimentaria, todo en el contexto de una crisis mundial.

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 **\$2.85**, sino que, también se tomará en cuenta el daño potencial causado por la comisión de la infracción.

En otros términos, en el presente caso el posible beneficio ilícito generado por la infracción podría ser calculado a partir del hallazgo documentado, sin embargo, ese dato no sería el más idóneo pues resultaría sustantivamente inferior al daño ocasionado por la infracción y porque la venta de los referidos productos no se realizó. Sin embargo, se ha podido establecer a partir de la inspección realizada por la DC, que **la**

proveedora se encontraba ofreciendo productos a un precio superior al fijado legalmente en el marco de una pandemia, la cual ha sido catalogada como crisis a escala mundial, por lo cual este Tribunal estima que el daño potencial a la economía familiar de los consumidores es grave y debe ser tomado en consideración como criterio para la determinación de la multa, pues se ha evidenciado un quebrantamiento al límite máximo permitido al agente económico para competir en beneficio del consumidor.

Y es que, la fijación de precios autorizada por las normas citadas, define un elemento de la actividad de comercialización de ese producto con el objeto de no generar un perjuicio en contra de los consumidores, cuya afectación perjudica la economía en general. En ese sentido, se tiene que el Estado interviene fijando precios, por estricto interés público de protección a los consumidores, los cuales de otro modo se ven afectados, generándose también un perjuicio para todo el sistema económico.

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

Mediante la imposición de la sanción —multa—, este Tribunal Sancionador pretende causar un efecto disuasivo² en la infractora, OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V., quien ha cometido la infracción descrita en el artículo 44 inciso segundo numeral 3) 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.

Y es que, todo proveedor que ofrezca, comercialice o venda bienes intermedios y finales de uso o de consumo y servicios, se encuentra en la obligación de hacerlo conforme al precio máximo fijado por la DC en caso de emergencia nacional, calamidad pública o desastre; siempre que se trate de productos y servicios esenciales, como lo es en el presente caso el producto *güisquil criollo* todo con el fin de salvaguardar el interés general.

VIII. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA MULTA

Conforme a lo expuesto en el romano VI de la presente resolución, la proveedora cometió la infracción establecida en el artículo 44 inciso segundo numeral 3) en relación al artículo 58 letra c), ambos de la LPC y al Acuerdo N° 37 emitido por la DC; por tanto, en uso de la sana crítica —artículo 146 inc. 4° de la LPC— y habiendo considerado los elementos del artículo 49 de la LPC, se procede a realizar el cálculo de la multa a imponer a OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V.

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

² "(...) La sanción administrativa, persigue una finalidad pública por parte del Estado, que es desincentivar conductas ilícitas, razón por la cual no admite como motivación posible un afán retributivo a favor del particular interesado. En tal sentido, es la propia Administración Pública la encargada de establecer la procedencia y naturaleza de la sanción a imponer, así como la cuantía, de ser el caso, de modo tal que cumpla con los fines públicos antes citados", Resolución Final N° 08-2020/CC2 emitida el 07/01/2020 por la Comisión de Protección al Consumidor N°2 Sede Central del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de Perú.

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 máxima, en razón del *grado de intencionalidad* de la conducta cometida, ya que para el caso no se acreditó el dolo en la infracción cometida, sino *negligencia*.

También se tomó en cuenta el *beneficio potencial* que pudo obtener la proveedora durante la situación de emergencia sanitaria declarada en nuestro país, en caso de haberse concretado la venta del producto objeto de hallazgo, esto en virtud del excedente que representa el precio al que era ofrecido el producto respecto del precio fijado por la DC, valor que resulta de calcular el sobreprecio mediante la fórmula $(\text{\$/precio de venta}/\text{\$/precio fijado})-1*100$, equivalente al 12.5% como se especifica a continuación:

Producto	Marca	Descripción del producto	Cantidad/Unidad de medida	Precio Regulado	Precio ofrecido al público	Beneficio potencial de concretarse la venta por unidad	% por arriba del precio fijado
Güisquil Criollo	Sin Marca	Verdura	Unidad	\$0.40	\$0.45	\$0.05	12.5%

Aunado a ello, este Tribunal considera necesario destacar que —en el presente caso— para la ponderación de la multa se tomó en cuenta *la gravedad de la conducta realizada por la proveedora, ejecutada dentro del contexto de “Estado de Emergencia Nacional de la Pandemia por COVID-19”* en el que se encontraba nuestro país, en donde el alza del precio del producto güisquil criollo —verdura esencial— resulta contraproducente para los habitantes de El Salvador, quienes adquieren necesariamente los referidos productos como parte de la canasta básica, siendo capaz de generar un potencial impacto negativo en la economía familiar y seguridad alimentaria de los mismos. Por consiguiente, en aplicación de los principios de disuasión, proporcionalidad —regulado en el artículo 139 número 7 de la LPA— y razonabilidad que deben sustentar la imposición de la sanción en el ejercicio de la potestad sancionadora al que este Tribunal se encuentra sujeto, además de cumplir con el propósito de la finalidad perseguida por el legislador con la misma, y en virtud de los parámetros ampliamente desarrollados en el apartado VII de la presente resolución, este Tribunal impone a la proveedora OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V., una multa por la cantidad de **SIETE MIL NOVECIENTOS OCHO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON CUARENTA Y DOS CENTAVOS DE DÓLAR (\$7,908.42)**, equivalentes a veintiséis meses de salario mínimo mensual urbano en la industria, por la comisión de la infracción regulada en el artículo 44 inciso segundo numeral 3) en relación al artículo 58 letra c), ambos de la LPC y al Acuerdo N° 37 emitido por la DC por *ofrecer bienes a los consumidores a precios superiores al precio máximo fijado por la DC*, según se ha establecido en el presente procedimiento administrativo.

Dicho lo anterior, es menester señalar que la multa impuesta representa el 5.2% dentro del margen máximo estipulado por ley como consecuencia de la comisión de tal infracción –500 salarios mínimos mensuales urbanos en la industria–, siendo a juicio de este Tribunal, proporcional a la gravedad que comportan los hechos denunciados según las circunstancias objetivas y subjetivas previamente analizadas.

IX. DECISIÓN

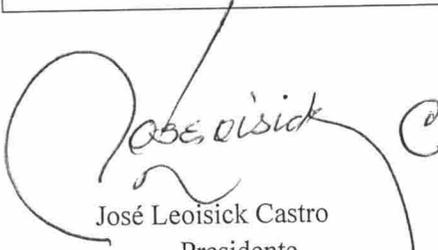
Por tanto, sobre la base de lo anteriormente expuesto y con fundamento en los artículos 11, 14, 101 inciso 2° de la Constitución de la República; 40, 44 inciso segundo numeral 3), 47, 49, 83 letra b), 144-A y siguientes de la LPC; y 78 inciso tercero, 139 y 154 de la LPA, este Tribunal **RESUELVE**:

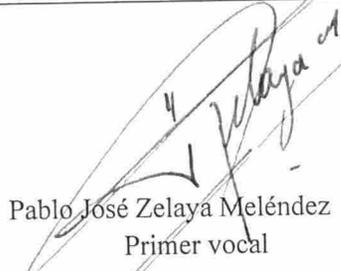
- a) *Téngase por agregado* el escrito presentado por la licenciada _____, en calidad de apoderada general judicial de la denunciada OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V. —a quien se le dio intervención en el presente procedimiento— así como la documentación que consta agregada de fs. 75 al 117. Además, *tome nota* la Secretaría de este Tribunal del medio y lugar señalado por la apoderada de la proveedora denunciada para recibir actos de comunicación; así como el nombre de las personas comisionadas para tal efecto.
- b) *Téngase por contestada* la audiencia conferida a OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V., en los términos relacionados en la presente resolución.
- c) *Sanciónese* a la proveedora OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V., con la cantidad de **SIETE MIL NOVECIENTOS OCHO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON CUARENTA Y DOS CENTAVOS DE DÓLAR (\$7,908.42), equivalentes a veintiséis 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— en concepto de multa por la comisión de la infracción regulada en el artículo 44 inciso segundo numeral 3) de la LPC, por *ofrecer bienes o servicios a los consumidores a precios o cantidades superiores al precio máximo fijado por la Defensoría del Consumidor*, 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.**
- d) *Notifíquese.*

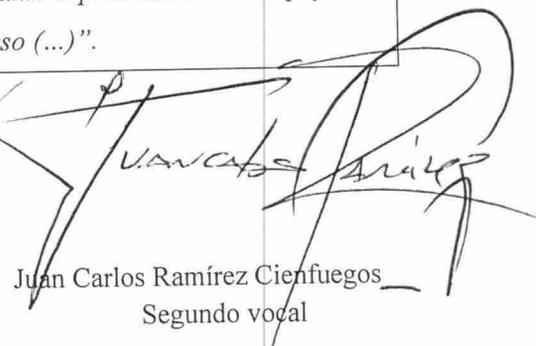
INFORMACIÓN SOBRE RECURSO

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 (...)”.

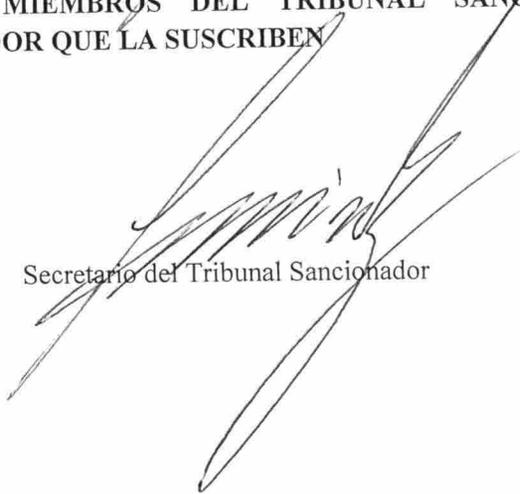

José Leoisick Castro
Presidente


Pablo José Zelaya Meléndez
Primer vocal


Juan Carlos Ramírez Cienfuegos
Segundo vocal

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

RC/ym


Secretario del Tribunal Sancionador