

	TRIBUNAL SANCIONADOR	Fecha: 09/02/2023 Hora: 13:5 Lugar: San Salvador.	Referencia: 610-2020
RESOLUCIÓN FINAL			
I. INTERVINIENTES			
Denunciante:	Presidencia de la Defensoría del Consumidor.		
Proveedora denunciada:	Operadora del Sur, S.A. de C.V.		
II. ANTECEDENTES Y HECHOS DENUNCIADOS			
<p>La Presidencia expuso, en síntesis, que en el establecimiento denominado como "Walmart Constitución" ubicado en el municipio de Mejicanos, departamento de San Salvador, en fecha 14/11/2019, se llevó a cabo inspección mediante la cual se documentó el posible incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley de Protección al Consumidor (LPC) que establece: "<i>Se prohíbe ofrecer al público (...) toda clase de productos o bienes con posterioridad a la fecha de vencimiento (...)</i>".</p> <p>Señaló que lo anterior daría lugar a la comisión de infracción descrita en el artículo 44 letra a) de la LPC, que establece como infracción muy grave: "<i>Ofrecer al consumidor bienes o productos vencidos (...)</i>"; y según el artículo 47 de la misma normativa, de comprobarse su comisión, se sancionaría con multa hasta de quinientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.</p> <p>Además, en la inspección antes relacionada se documentó la posible inobservancia a los artículos los artículos 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, la salud, la seguridad de las personas y el medio ambiente, observar las normas legales, reglamentarias o técnicas que se dictaren sobre la materia (...)</i>" y al artículo 27 letra d) de la LPC, "<i>(...) Las características de los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores deben ser proporcionados con información en castellano, de forma clara, veraz y oportuna, según corresponda, especialmente, entre otros aspectos, la letra d) Fecha de caducidad de los bienes perecederos(...)</i>"; en relación al numeral 9.2.1 del Reglamento Técnico Centroamericano de Etiquetado General de Alimentos Previamente Envasados (Preenvasados) -RTCA 67.01.07:10-, los cuales establecen la obligación de consignar en la etiqueta de los alimentos pre envasados la fecha de vencimiento, por lo cual, lo anterior daría lugar a la infracción grave establecida en el artículo 43 letra f) de la LPC que establece: "<i>Ofrecer bienes en los que no se cumplan las normas técnicas vigentes;</i>", la cual, de comprobarse, se sancionaría con multa hasta de doscientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria, según dispone el artículo 46 de la LPC.</p>			
III. INFRACCIONES ATRIBUIDAS Y ELEMENTOS DE LAS INFRACCIONES.			
Tal como consta en auto de inicio (fs. 10 al 12), se le imputa a la proveedora denunciada la comisión de la infracción establecida en el artículo 44 letra a) de la LPC, consistente en ofrecer al consumidor bienes o productos vencidos, relacionado con la prohibición establecida en el artículo 14 de la LPC, el cual dispone que <i>se prohíbe ofrecer al público, donar o poner en circulación a cualquier otro título, toda clase de productos o bienes con posterioridad a la fecha de vencimiento o cuya masa, volumen, calidad o cualquier otra medida especificada en</i>			

los mismos se encuentre alterada. De ahí que el artículo 44 de la LPC determina que "Son infracciones muy graves, las acciones u omisiones siguientes: a) Ofrecer al consumidor bienes o productos vencidos (...)".

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 adquiriera para su uso o consumo. Partiendo de la anterior premisa, la conducta ilícita es por consiguiente el ofrecimiento al público de cualquier clase de productos o bienes, cuya fecha de vencimiento ya ha expirado.

De igual manera, se le imputa a la proveedora denunciada la comisión de la infracción establecida en el artículo 43 letra f) de la LPC, consistente en comercializar bienes en los que no se cumplan las normas técnicas vigentes, relacionado con la obligación establecida en el artículo 27 inciso primero letra d) de la LPC, el cual dispone que *en general, las características de los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores, deberán proporcionarse con información en castellano, de forma clara, veraz, completa y oportuna, según corresponda, especialmente en los siguientes aspectos: (...) letra d) Fecha de caducidad de los bienes perecederos; (...)*. De ahí que el artículo 43 letra f) de la LPC determina que *"Son infracciones graves, las acciones u omisiones siguientes: f) Fabricar, importar, empaquetar, distribuir o comercializar bienes en los que no se cumplan las normas técnicas vigentes (...)"*.

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 denunciada, quien compareció conforme a las actuaciones que se detallan a continuación:

En fecha 27/09/2022, se recibió escrito (fs. 16 al 19) firmado por la licenciada quien manifiesta actuar como apoderada general judicial de la proveedora Operadora del Sur, S.A. de C.V., calidad que comprueba mediante poder general judicial de fs. 20 al 26.

En virtud de los hechos atribuidos a su mandante, en síntesis, manifiesta que la presidencia de la Defensoría del Consumidor (DC) imputa a su representada la supuesta infracción a lo estipulado en los artículos 7, 27 inciso tercero, 44 letra a) y 43 letra f) de la LPC, relativas a comercializar bienes en los que no se cumplan con las normas técnicas vigentes conforme a lo establecido en el RTCA 67.01.60:10; respecto a este punto, señala que, es de vital importancia resaltar la obligación que incorpora el artículo 40 de la LPC, referente al principio de legalidad y culpabilidad, los cuales son de especial aplicación y observancia para la DC, con el propósito de evidenciar que, para presentar una denuncia en contra de proveedor alguno, la Presidencia de la DC debe de probar el daño real y cierto en los derechos de los consumidores que se estiman vulnerados, presupuesto indispensable en los propósitos de que este Tribunal oportunamente imponga la sanción respectiva, esto en virtud de lo establecido en el artículo 40 inciso 2° de la LPC.

En relación de lo anterior, expone que dicho menoscabo al consumidor, al que hace referencia la disposición legal citada en el párrafo anterior, no fue comprobado en modo alguno por parte de la DC, con relación a la infracción que se imputa, y al no existir dicho menoscabo, ni evidencia del mismo en el presente procedimiento no resulta posible sancionar a su representada.

Asimismo afirma, que el artículo 40 de la LPC, no solo exige que se haya causado algún menoscabo al consumidor, si no también exige que se afirme que existió una infracción a alguna de las normas de la LPC, y que el infractor haya actuado con culpa o dolo, afirmando que, en la LPC no se dejan espacios libres como para que el sistema de responsabilidad objetiva sea utilizado en aras de sancionar a un proveedor de tal forma que no basta que se haya comprobado el cometimiento de un ilícito administrativo, si no que se vuelve estrictamente necesario que el proveedor al que se le imputa el ilícito, haya actuado con dolo o culpa.

En línea de lo anterior, argumenta la apoderada que cuando se trata de una relación jurídica exclusivamente entre el administrado y la autoridad administrativa para efecto de imposición de sanciones, establecer culpabilidad antes de determinar la responsabilidad para la aplicación de la sanción; asimismo, trae a mención el principio de buena fe comercial, alegando que este Tribunal tome en consideración la naturaleza de las actividades que realizan las comercializadoras como lo es Operadora del Sur, S.A. de C.V., y es que es la encargada de poner a disposición (ofrecer) del público diversas clases de productos que son elaborados por terceras personas, es decir, que ésta no es la principal responsable de verificar la fabricación, importación y distribución de los productos elaborados por sus proveedores, como adherir a los productos las etiquetas complementarias en caso que la que se encuentra en el producto de fábrica no se encuentre en el idioma en castellano.

En ese sentido, menciona que hay que valorar que la única forma que Operadora del Sur, S.A. de C.V. tiene de cerciorarse que sus productores o proveedores estén cumpliendo con la normativa técnica legal correspondiente es solicitarles, además de los controles que posee su representada, que estos manejen procesos de control y monitoreo riguroso dentro de sus sistemas de producción y exigirles que los productos que le son entregados contengan información clara, veraz y oportuna y que las cantidades en ellas consignadas cumplan con los requerimientos de leyes y normas técnicas, por lo cual su representada ha implementado un método PEPs (primera en entrar, primera en salir) para el caso de la verificación de productos vencidos; en relación a lo anterior, resalta que los productos fueron sujetos a la inspección de la DC, no son elaborados por Operadora del Sur, S.A. de C.V., y para ésta se vuelve imposible conocer el contenido de las etiquetas nutricionales de la totalidad de productos sin que se desnaturalice la función que le corresponde realizar, toda vez que tendría que manipular uno a uno los productos, siendo esta tarea arduamente costosa y en ese sentido resulta imperativo que este Tribunal deduzca la responsabilidad al importador o distribuidor de los productos objetos de una posible infracción.

Finalmente, trae a colación el principio de proporcionalidad y la determinación de la multa, señalando que en caso que se determine la existencia de un nexo de culpabilidad en el actuar de su mandante y en perjuicio ocasionado en el consumidor, el Tribunal Sancionador debe tomar en cuenta el principio de proporcionalidad para determinar la sanción respectiva, resaltando, que para este caso en particular valorar que son miles de productos que Operadora del Sur, S.A. de C.V. comercializa y que la infracción originada es una actividad que evidentemente es rol del fabricante del producto, pues él sí puede desempeñar y es el primer responsable en proteger los derechos del consumidor, asimismo no se cometió perjuicio real alguno a los consumidores y que la posibilidad de que se causara perjuicio es ínfima, lo cual en todo caso no es imputable al mandante por los argumentos expresados en los apartados anteriores, siendo necesario que la sanción que se imponga no cree un daño desproporcional al

administrado, aun tomando en cuenta el tamaño de la empresa, por no ser este el único parámetro de dosimetría punitiva.

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; 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 una 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 art. 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 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, para determinar los hechos probados relacionados con la comisión de las infracciones reguladas en el artículo 43 letra f) y 44 letra a) de la LPC, se seguirán las disposiciones citadas previamente.

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

a) Acta N° 0002816 (fs. 3) de fecha 14/11/2019, anexo uno denominado Formulario para inspección de fechas de vencimiento (fs. 4), por medio de los cuales se establece que la Defensoría del Consumidor realizó inspección

en el establecimiento denominado como “Walmart Constitución” propiedad de la proveedora denunciada, conforme al detalle siguiente:

Respecto a los productos vencidos:

Nº	Nombre	Marca	Cantidad	Categoría de Riesgo RTCA	Días de Vencimiento
1	Salchicha Bratwurst	Si Ham	1 empaque plástico	A	1 día
2	Croissant con tocino huevo y queso	Great Value	4 empaques de cartón	A	34 días

*De conformidad a la clasificación del numeral 5 Clasificación de los alimentos por riesgo del Reglamento Técnico Centroamericano 67.04.50:17, en el que se establece que los alimentos se clasifican para registro y vigilancia con base en la probabilidad de causar daño a la salud, gravedad de dicho efecto y los factores de riesgo descritos en el numeral 6.1.1 de dicha normativa; en ese orden, los riesgos se clasifican de la siguiente manera:

1) *Alimento Riesgo tipo A*: alimentos que por su naturaleza, composición, proceso, manipulación y población a la que va dirigida, tienen una *alta* probabilidad de causar daño a la salud;

2) *Alimento Riesgo tipo B*: alimentos que por su naturaleza, composición, proceso, manipulación y población a la que va dirigida, tienen una *mediana* probabilidad de causar daño a la salud; y,

3) *Alimento Riesgo tipo C*: alimentos que por su naturaleza, composición, proceso, manipulación y población a la que va dirigida, tienen una *baja* probabilidad de causar daño a la salud.

b) Acta N° 0002816 (fs. 3) de fecha 14/11/2019, anexo uno denominado “Formulario de inspección de etiquetado en idioma castellano” (fs. 5), por medio de los cuales se establece que se encontraron hallazgos de incumplimiento, conforme al detalle siguiente:

Productos sin fecha de vencimiento:

Nº	Producto	Marca	Unidades	Fecha de vencimiento
1	100% pure Beef 75% Lean 25% Fat	Great Value	19 empaques plásticos	BEST IF USED BY 04/07/2020
2	100% pure Beef Burgers 80% Lean 20% Fat	Great Value	22 empaques	BEST IF USED BY 04/10/2020

c) Impresión de fotografía vinculada con el acta N°0002816 (fs. 9); con la cual se establece la presentación de los productos objeto del hallazgo.

En relación a los productos con hallazgo, se destaca que el RTCA 67.04.50:17 clasifica como como *Alimentos Riesgo tipo A*, a aquellos que por su naturaleza, composición, proceso, manipulación y población a la que va dirigida tienen una *alta* posibilidad de causar daño a la salud; *Alimentos Riesgo tipo B*, a aquellos que por su naturaleza, composición, proceso, manipulación y población a la que va dirigida tienen una *mediana* posibilidad de causar daño a la salud; y como *Alimentos Riesgo tipo C* a aquellos que tienen una *baja* probabilidad de causar daño a la salud. En congruencia con lo anterior, los productos encontrados dentro del establecimiento inspeccionado “Walmart Constitución” cuya fecha de vencimiento ya había expirado, ponían en potencial riesgo la vida y salud de los consumidores, pues pertenecían a la referida clasificación de riesgo *alto*.

Por su parte, el RTCA 67.01.07.10 en sus artículos 9.2.1 establece los parámetros a cumplir para el marcado de la fecha de vencimiento. Tomando en cuenta lo anterior, los productos encontrados dentro del establecimiento inspeccionado “Walmart” cuya fecha de vencimiento no estaba siendo informada en los términos que establece dicha normativa, ponían en potencial riesgo la vida y salud de los consumidores.

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 gozan las actas 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.**, no atendió las prohibiciones reguladas en el artículo 14 de la LPC: “*Se prohíbe ofrecer al público, donar o poner en circulación a cualquier otro título, toda clase de productos o bienes con posterioridad a la fecha de vencimiento (...)*” y al artículo 27 letra d) de la LPC: “*En general, las características de los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores, deberán proporcionarse con información en castellano, de forma clara, veraz, completa y oportuna, según corresponda, especialmente en los siguientes aspectos: (...) d) Fecha de caducidad de los bienes perecederos; (...)*”, por cuanto, en el establecimiento denominado “Walmart Constitución” se tenía a disposición de los consumidores productos vencidos y sin fecha de vencimiento.

Respecto a los argumentos planteados por la apoderada de la denunciada –tal y como también se desarrollará en la letra d. del romano VII de la presente resolución: *Impacto en los derechos del consumidor y naturaleza del perjuicio ocasionado*–, es conveniente traer a colación que este Tribunal ha valorado en varias ocasiones y se ha pronunciado en relación a que las conductas ilícitas en mención se materializan por el solo hecho de ofrecer bienes o productos en las condiciones señaladas, es decir, poner a disposición de los consumidores sin que necesariamente se haya realizado la venta de los mismos. Para el caso, el verbo rector “ofrecer” contenido en el tipo sancionador, puede entenderse –en su sentido natural– como el hecho de contar con una serie de bienes y productos dentro de un establecimiento comercial que son expuestos, mostrados o presentados con el ánimo de ofrecerlos al público consumidor para que sean adquiridos por éstos; puede también definirse como el hecho de tener una diversidad de productos dentro de un establecimiento e invitar al consumidor que los adquiera para su uso o consumo. Partiendo de la anterior premisa, el hecho ilícito tiene lugar cuando dentro de esa variedad de bienes que se ofrecen al consumidor, se encuentran productos cuya fecha de vencimiento ya ha expirado y que por ello ese producto se considera vencido; asimismo, cuando se comercializan bienes en los que no se cumplan las normas técnicas vigentes, entre ellos, productos que no cuenten con la respectiva fecha de vencimiento.

Se debe mencionar lo dispuesto en el artículo 42 inc. 2º del Código Civil, el cual establece: “*Culpa leve (...) es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios (...)*”. Aunado a lo anterior el inciso 3º del mismo artículo estipula: “*El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa*”.

Por ello este Tribunal considera que la proveedora denunciada actuó con negligencia en la gestión de su negocio, ya que como propietaria del establecimiento tiene la obligación principal de verificar que los productos que pone a disposición de los consumidores, solamente sean aquellos que cumplan los requisitos, propiedades y

condiciones exigidas por la ley para su comercialización, lo cual no hizo, poniendo en riesgo potencial la salud y el derecho de información de los consumidores.

En consecuencia, este Tribunal considera que existe responsabilidad de la proveedora por el cometimiento de las infracciones que se le imputan al “ofrecer al consumidor bienes o productos con posterioridad a su fecha de vencimiento” y “comercializar bienes en los que no se cumplan las normas técnicas vigentes” (específicamente, al no establecer una fecha de vencimiento), y efectivamente se configuran los ilícitos establecidos en los artículos 44 letra a) y 43 letra f) de la LPC, resultando procedente imponer las sanciones respectivas, conforme a los artículos 47 y 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 las infracciones muy grave y grave contenidas, respectivamente, en los artículos 44 letra a) y 43 letra f) de la LPC, las cuales se sancionan, respectivamente, con multa hasta de quinientos y doscientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria, según corresponde (artículo 47 y 46 de la LPC); por ello, es facultad de este Tribunal determinar las sanciones y cuantificar las multas que conciernan, 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 de la infractora, el grado de participación en la acción u omisión, cobro indebido realizado y las circunstancias en que ésta se cometa, 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 lectura del expediente administrativo, no es posible encajar a la proveedora **Operadora del Sur, S.A. de C.V.**, en ninguna de las categorías antes citadas, por no contar este Tribunal con la documentación financiera requerida para efectuar dicho cálculo, pese a haberse solicitado con anterioridad según consta en la resolución de inicio del procedimiento sancionatorio de mérito (fs. 10-12).

No obstante, pese a que este Tribunal se ve impedido de computar y clasificar a la proveedora según los parámetros establecidos en el artículo 3 de la Ley MYPE, siempre debe cumplir su deber de resolver conforme a los principios que rigen el *ius puniendi*; por tanto, deberá hacer el cálculo de la sanción que corresponda a la

infracción, sin obviar que **Operadora del Sur, S.A. de C.V.**, es una persona jurídica y que esa condición es relevante, pues por mandato legal está constreñida especialmente al cumplimiento de obligaciones tributarias y de algunas otras específicas para los comerciantes sociales, como la relacionada al depósito de sus estados financieros en el Registro de Comercio. Lo anterior, pone de manifiesto la vinculación existente entre las obligaciones legales de la proveedora y la documentación que fue requerida pero no presentó.

Asimismo, al consultar el listado de contribuyentes emitido por la Dirección General de Impuestos Internos del Ministerio de Hacienda, la proveedora se encuentra clasificada como una *gran contribuyente*, por lo cual, a efectos de imponer las respectivas sanciones, así será considerada, guardando 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 proveedor 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.

Este Tribunal en reiteradas ocasiones 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, este Tribunal determinó una actuación negligente por parte de la proveedora, pues como propietaria del establecimiento inspeccionado, 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 retirar los productos sin fecha de vencimiento y productos vencidos, separándolos del resto que está apto para la venta, designando un lugar específico para su ubicación (plenamente identificado para este tipo de productos) o verificar su fecha de vencimiento al momento de recibirlos de su proveedor, y en caso de estar caducados o no poseerla, éstos sean cambiados inmediatamente a fin de no ofrecer productos vencidos o sin fecha de vencimiento a los consumidores. Por lo que, en el presente caso, se configura 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 sus obligaciones 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 las infracciones de la proveedora es directa e individual, pues se acreditó que en el establecimiento de su propiedad —“Walmart Constitución”— se cometió la acción prohibida en el artículo 14 de la LPC, respecto de *ofrecer al público, donar o poner en circulación a cualquier otro título, toda clase de productos o bienes con posterioridad a su fecha de vencimiento*, y la obligación establecida en el artículo 27 letra d) de la LPC de *consignar las características de los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores, deberán proporcionarse con información en castellano, de forma clara, veraz, completa y oportuna, según corresponda(...)* d) *Fecha de caducidad de los bienes perecederos; (...)* los cuales pudieron ser entregados a los consumidores en una condición no apta para su consumo al momento de requerirlos.

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

En el caso concreto, es pertinente señalar que las infracciones administrativas relativas a ofrecer productos vencidos y sin fecha de vencimiento —artículo 44 letra a) y 43 letra f) de la LPC— ponen en riesgo inminente el derecho a la salud e información, ya que, si bien no se configuró un daño concreto a una persona en particular, este Tribunal reafirma que las acciones que configuran las infracciones ocasionaron un perjuicio potencial, pues basta que los productos vencidos y sin fecha de vencimiento se encuentren a disposición de los consumidores para generar el riesgo que los adquieran y consuman afectando su salud, integridad física e información.

Según lo ha sostenido la Sala de lo Contencioso Administrativo –SCA-, 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”.

Asimismo, la SCA en jurisprudencia reciente (V.gr. en la sentencia de referencia 301-2015 de fecha 15/05/2019) afirma “que la infracción administrativa relativa a ofrecer productos vencidos [artículo 44 letra a) de la LPC] es una infracción de peligro abstracto, puesto que basta que los productos vencidos se encuentren a disposición de los consumidores, para generar el riesgo que los adquieran y consuman con el perjuicio potencial de afectar su salud e integridad física”.

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

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 que fueron encontrados con posterioridad a su vencimiento y sin fecha de vencimiento, pues de haberse realizado la venta de los mismos, esto constituiría el beneficio ilícito obtenido por el infractor.

Así, para el caso que nos ocupa, de la lectura del acta de inspección y sus respectivos anexos, se estima que el precio de mercado de los productos ofrecidos por la proveedora no supera el equivalente a un salario mínimo mensual vigente, por lo que podemos concluir que el grado de beneficio que pudo obtener es bajo.

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

Mediante la multa impuesta, este Tribunal pretende disuadir a la infractora **Operadora del Sur, S.A. de C.V.**, quien ha cometido las infracciones descritas en los artículos 44 letra a) y 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.

VIII. DETERMINACIÓN 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 —ampliamente desarrollados en el romano VII de esta resolución—, procederá a realizar el cálculo de las multas a imponer a la proveedora Operadora del Sur, S.A. de C.V.

En línea de lo anterior, se ha determinado que los ingresos de la proveedora superan los parámetros establecidos en la ley, según el análisis realizado en la letra *a.* del romano VII, es decir, que la misma es clasificada como *una gran contribuyente*; asimismo, es necesario destacar que los productos vencidos encontrados, responden a la categoría de riesgo A; que la ganancia que pudo obtener el infractor en la venta de estos productos resulta inferior al valor de un salario mínimo. Además, entre otros aspectos, este Tribunal modulará la sanción al tomar en cuenta el hecho que la intencionalidad con la cual obró la proveedora no fue dolo, sino, culpa.

Por tanto, a la proveedora Operadora del Sur, S.A. de C.V., se le impone una multa de TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA DOLARES CON CUATRO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (\$3,650.04), equivalente a doce meses de salario mínimo mensual urbano en la industria, por la comisión de la infracción regulada en el artículo 44 letra a) en relación al artículo 14, ambos de la LPC, por ofrecer productos vencidos a los consumidores, según se ha establecido en el presente procedimiento administrativo.

Asimismo, se le impone una multa de TRES MIL CUARENTA Y UN DÓLARES CON SETENTA CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (\$3,041.70), equivalente a diez meses de salario mínimo mensual urbano en la industria, por la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra f) en relación al artículo 27 letra d), ambos de la LPC, por comercializar bienes en los que no se cumplan las normas técnicas, al ofrecerlos sin fecha de vencimiento a los consumidores, según se ha establecido en el presente procedimiento administrativo.

Establecido lo anterior, es menester señalar que ambas multas suman la cantidad de SEIS MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y UN DÓLARES CON SETENTA Y CUATRO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (\$6,691.74), las cuales representan, cada una, el 2.4% y el 5% respectivamente, dentro del margen máximo estipulado por ley como consecuencia para la comisión de tales infracciones —500 y 200 salarios mínimos urbanos en la industria—, siendo, a juicio de este Tribunal, proporcional a la gravedad que comportan los hechos, 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; 14, 27, 40, 43 letra f), 44 letra a), 46, 47, 49, 83 letra b), 144 y siguientes de la LPC, este Tribunal **RESUELVE**:

a) *Sanciónese* a la proveedora **Operadora del Sur, S.A. de C.V.**, con la cantidad de **TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA DOLARES CON CUATRO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (\$3,650.04)**, equivalentes a **doce meses de salario mínimo mensual 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 letra a) de la LPC, por ofrecer productos vencidos a los

consumidores conforme al análisis expuesto en el romano VI y VII de la presente resolución y con fundamento en las disposiciones legales precitadas.

b) *Sanciónese* a la proveedora **Operadora del Sur, S.A. de C.V.**, con la cantidad de **TRES MIL CUARENTA Y UN DÓLARES CON SETENTA CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (\$3,041.70)**, equivalentes a diez meses de salario mínimo mensual 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 43 letra f) de la LPC, por “*ofrecer bienes en los que no se cumplan las normas técnicas vigentes(...)*”, conforme al análisis expuesto en el romano VI y VII de la presente resolución y con fundamento en las disposiciones legales precitadas.

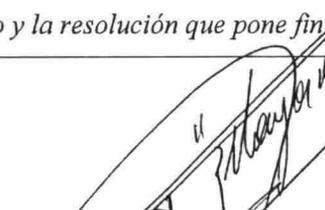
Dichas multas deben hacerse efectivas en la Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda, **dentro de los diez días hábiles siguientes al de la notificación de esta resolución**, debiendo comprobar a este Tribunal su cumplimiento dentro del plazo indicado; caso contrario, la Secretaría de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

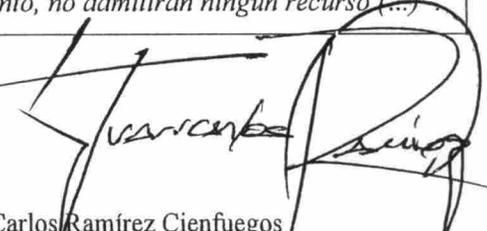
c) *Notifíquese.*

INFORMACIÓN SOBRE RECURSO

La presente resolución no admite recurso, de conformidad con lo expuesto en el artículo 167 inciso 3° de la LPA, 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 (...)*”.

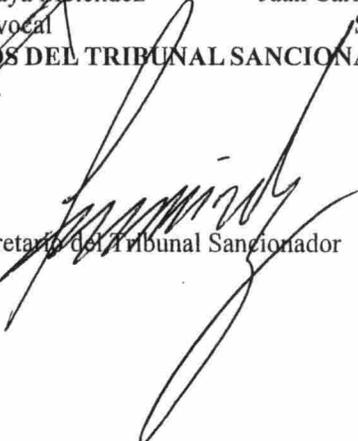

José Leoisick Castro
Presidente


Pablo José Zelaya Meléndez
Primer vocal


Juan Carlos Ramírez Cienfuegos
Segundo vocal

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

PR/ym


Secretario del Tribunal Sancionador