

"Sobre el presente documento se elaboró una versión pública, de conformidad al Artículo 30 de la Ley de Acceso a la Información Pública (LAIP), protegiendo los datos personales de las partes que intervinieron en el presente proceso; así como datos confidenciales, según lo establecido en el Artículo 6 letras "a", "f" y, 24 de la LAIP

	TRIBUNAL SANCIONADOR	Fecha: 24/04/2023 Hora: 13:02 Lugar: San Salvador	Referencia: 952-2020
---	---------------------------------	--	---------------------------------

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 Y ANTECEDENTES

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 —en adelante LPC—, el día 17/12/2019 se practicaron dos inspecciones en el establecimiento denominado "*Walmart Escalón*",

municipio y departamento de San Salvador, propiedad de la proveedora **OPERADORA DEL SUR, S.A. DE C.V.**

Así, como resultado de la diligencia realizada, se levantaron las "*Acta para la toma de muestras de cantidad de Productos en Preempacados*" con números de referencia DVM-Cn/0993/19 y DVM-Cn/0995/19 (fs. 8 y 13) en las cuales —mediante Informe de inspección de contenido neto en Aceite de Coco— se documentó que fueron encontrados a disposición de los consumidores, bienes —comercializados por **OPERADORA DEL SUR, S.A. DE C.V.**,— que incumplían lo prescrito en los artículos 7 inciso primero y 27 letra b) de la LPC, en relación a los numerales 2.12.1., 3.2 y 4.1.1 letra b) del Reglamento Técnico Centroamericano "*Cantidad de Producto en Preempacados*" —en adelante RTCA 01.01.11:06—, debido a que, al ser sometidos a las experticias pertinentes, las muestras analizadas, presentaron **Error T1**, de acuerdo al detalle siguiente:

Número de acta	Tipo de error	Número de muestra
DVM-Cn/0993/19	Error T1	1, 2, 3 y 5
DVM-Cn/0995/19	Error T1	1, 2, 4 y 5

III. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.

Tal como consta en auto de inicio (fs. 42 al 44), se le imputa a la proveedora denunciada la comisión de la infracción establecida en el artículo 44 letra h) de la LPC —vigente al momento que sucedieron los hechos— por: "*Producir o comercializar productos envasados con contenido neto fuera de la normativa técnica obligatoria*", en relación a los numerales 2.12.1, 3.2 y 4.1.1 letra b) del RTCA 01.01.11:06.

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 7 inciso primero de la LPC: "*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, así como facilitar el control, vigilancia e inspección de las autoridades competentes”.

En consonancia con lo anterior, el artículo 27 inciso primero de la LPC dispone: “*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: (...) b) La calidad, cantidad, peso o medida, en su caso, de acuerdo a las normas internacionales, expresadas de conformidad al sistema de medición legal o con indicación de su equivalencia al mismo (...).*” (El resaltado es nuestro). Asimismo, se establece que las exigencias especiales serán determinadas por las normativas de etiquetado, presentación y publicidad aplicables en cada caso.

Dentro de ese contexto, para el caso del contenido neto en productos preempacados en los diversos puntos de fabricación y comercialización, deben observarse las exigencias y requisitos que establece el RTCA 01.01.11:06.

Y es que cada producto preempacado, previamente envasado o con cierre íntegro debe consignar en su etiqueta el contenido neto en unidades del Sistema Internacional (SI), cuyo dato debe ser veraz, siendo que *la cantidad nominal* —el valor declarado de contenido neto que aparece en la etiqueta— *debe corresponder al valor de la cantidad real* (cantidad que de hecho tiene el preempacado según las mediciones efectuadas por los estudios de metrología legal). Además, deben tomarse en cuenta las tolerancias que la referida normativa técnica permite, para que de acuerdo al numeral 4.1.1 del RTCA 01.01.11:06, un lote se tenga por aceptado o rechazado, es decir, si cumple o no con la normativa de contenido neto de productos preempacados.

En virtud del derecho a una información veraz que tiene el consumidor sobre un producto preempacado, y que es dada a conocer a través de una etiqueta, el proveedor debe cerciorarse —en razón de la reglamentación técnica expuesta— que dicha información corresponde y es fiel con lo que realmente se está poniendo a disposición en el mercado en cualquier nivel de distribución —número 3 del RTCA 01.01.11:06—, pues caso contrario, es decir, que la cantidad nominal del producto no corresponde a la cantidad real como resultado de una experticia de metrología, se configura la infracción prevista en el artículo 44 letra h) de la LPC, el cual establece que es una infracción muy grave *producir o comercializar productos envasados con contenido neto fuera de la normativa técnica obligatoria.*

De lo anterior se desprende que la ilicitud se materializa tanto por *producir* como *comercializar* bienes envasados con un peso fuera de lo permitido en las normas técnicas vigentes. Para el caso en específico, se refiere a productos cuyo contenido neto no cumple las exigencias reguladas en la normativa técnica

obligatoria, es decir, que al ser sometidos al análisis de metrología resultan con incumplimientos en el contenido neto en relación con la información declarada en la etiqueta; y al comprobarse tal hecho en perjuicio de los consumidores, la LPC responsabiliza al *productor* de dichos bienes (sin realizar distinción de la etapa de producción en la que recaiga el error), como al *comercializador* de los mismos, es decir quien pone a la venta el producto a fin de que el consumidor lo adquiera para su uso o consumo.

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:

El día 29/09/2022 se recibió escrito de folios 51 al 55, firmados por la licenciada actuando en calidad de apoderada general judicial de la proveedora denunciada **OPERADORA DEL SUR, S.A. DE C.V.**, por medio del cual contestó la audiencia conferida en la resolución de inicio y agregó la documentación anexa de fs. 56 al 63.

En el relacionado escrito, manifiesta la apoderada que fue notificada el día 22/09/2022 sobre resolución de inicio de fecha 06/09/2022, mediante la cual se da por iniciado el procedimiento sancionatorio en contra de su representada por la supuesta comisión de la infracción establecida en el artículo 44 letra h) de la LPC, en relación a los numerales 2.12.1, 3.2 y 4.1.1 letra b) del RTCA 01.01.11:06.

Establece que en el establecimiento denominado "Walmart Escalón" se determinó que los productos denominados "*Aceite Orgánico de Coco Virgen con sabor a mantequilla*" y "*Aceite Orgánico de Coco Virgen infundido con sabor a ajo*" de la marca Ellyndale Organics, que son importados y distribuidos por la sociedad **NUTRICIÓN ÉLITE, S.A. DE C.V.**, y que, al analizar un lote de 5 empaques plásticos de cada producto, presentaron Error T1, por tal, se consideró que no cumplían con los requisitos de dicho RTCA.

En virtud de lo anterior, la apoderada trae a mención la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de referencia 94-2017/95-2017 de las once horas con cuarenta y cinco minutos del día 11/02/2022 en la cual se realiza un análisis de culpabilidad, en el que se refiere especialmente que debe comprobarse un nexo de culpabilidad respecto a la proveedora cuya labor es únicamente ofrecer bienes y servicios al público, también se refiere especialmente que debe comprobarse un nexo de culpabilidad, como el que pudiere tener el fabricante del producto, o en su defecto el importador y distribuidor señala que el presente procedimiento se encuentra en un supuesto idéntico al de la referida sentencia (sobre contenido neto), mediante la cual se absolvió a su representada de la culpabilidad por deficiencias en el peso neto de los productos comercializados y hace referencia al fragmento de dicha resolución que se lee: "*Es decir, el producto se introduce en el empaque de forma previa a su ofrecimiento a los consumidores, siendo que el vendedor o comercializador final no influye en el proceso de empaque el producto. Asimismo, un producto*

preempacado da la presunción que, salvo que se demuestre lo contrario, la cantidad real coincide con lo señalado en la etiqueta; por lo tanto, cualquier error en su contenido neto deviene desde el momento en que se efectuó el empaque y no a partir del ofrecimiento o venta”.

Ya que —aclara— la planta donde se envasa el producto se hace al vacío, además la consistencia del producto a altas temperaturas es líquido y a temperaturas debajo de 22 grados centígrados es semidura, y que su representada antes de ponerlo a disposición lo mantiene en bodegas, —en las cuales no se tiene un clima controlado—, y luego es enviado a las salas de venta, por tanto, de alguna manera, el cambio de temperatura hace un proceso donde el producto sufre una descompensación en el volumen del producto, que no es responsabilidad de su representada.

Asimismo, en la misma sentencia, señala la apoderada que se establece fehacientemente, que según jurisprudencia de la referida sala, cuando se habla de principio de culpabilidad, es contrario a atribuir una responsabilidad objetiva en la que no se ha probado que los actos que contravienen las normas son realizados por el mismo administrado a quien se le imputa la infracción, en dicho caso, —enfatisa que estos— no han sido generados directamente por su representada, en ese sentido la Sala concluye: “(...) *Así las cosas, este tribunal es del criterio que en el caso concreto, no se ha acreditado la responsabilidad del vendedor final en el incumplimiento de una normativa técnica, relativa a la cantidad real de un producto preempacado y la diligencia debida invocada por el TSDC no alcanza para exigirla a los comerciantes al detalle que realicen las pruebas de pesaje a todos los productos que reciben los distribuidores, empacadores, productores, de conformidad a los parámetros que contiene el RTCA 01.0111:06 (...)*”.

En virtud de lo anterior, concluye la apoderada que con base a los criterios adoptados por la honorable sala, que su representada no es responsable en ninguna manera de las fallas o errores de cualquier tipo que contengan el contenido neto en la etiqueta del producto, pues no es el fabricante del producto, ni el importador del mismo, además de ello, verificar el contenido neto real, como lo dijo la Sala, en una labor técnica que su representada no puede asumir, porque resulta imposible y excluyente con su labor de ofrecer y poner a disposición de los consumidores miles de productos, en ese sentido, del principio de buena fe comercial, su representada asume que los productos contienen la cantidad correcta de producto reflejada en la etiqueta, ya que de poder advertir de que existe una insuficiencia tan mínima tendría que realizar una labor técnica, que como se aclaró anteriormente les resulta imposible, ya que esta no es advertible al ojo humano, pues esto requeriría implementos y metodología especialísima; resalta que los productos que fueron sujetos a las inspecciones no son elaborados por su representada, y es por tal razón, que confía en que el fabricante cumple con las normas para la elaboración del producto, especialmente las normas técnicas vigentes; por lo cual considera que su representada no debe ser multada por este Tribunal, pues no se ha comprobado la existencia de un menoscabo a los derechos del consumidor, además, no se ha demostrado que su representada haya actuado con dolo o culpa en el incumplimiento de la falta que se le

imputa, y de conformidad a los criterios jurisprudenciales citados, y lo establecido en el artículo 36 letra c) de la LPC, su representada no es responsable del cometimiento de la infracción imputada, ya que el administrado solo puede responder sobre sus actos propios, pues no es el fabricante del producto y no se ha comprobado una incorrecta manipulación del mismo.

Finalmente, trae a mención el principio de proporcionalidad, señalando que debe existir una correspondencia entre la infracción cometida en la infracción y la sanción a imponer, y como esta medida o sanción debe ser apta para alcanzar los fines que la justifican, pero nunca debe causar un daño o perjuicio mayor que el que la motiva, y para el caso en particular resulta importante valorar que son miles los productos que su representada comercializa en cada uno de sus establecimientos, además de esto, es importante ponderar que en el artículo 49 de la LPC se establecen los parámetros para la determinación de la multa, y que en atención a estos quien domina el proceso de pesaje de los productos y constata su contenido neto de primera mano es el fabricante, además de que no se cometió un perjuicio real alguno a los consumidores y que la posibilidad de que sucediera es ínfima, lo que en todo caso no es imputable a su representada por los argumentos antes expuestos.

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 la infracción regulada en el artículo 44 letra h) de la LPC, se seguirán las disposiciones citadas previamente.

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

- a) Actas de inspección DVM-Cn/0993/19 y DVM-Cn/0995/19 de fecha 17/12/2019 —fs. 8 y 13—; en las cuales consta que los delegados de la Defensoría del Consumidor realizaron —sobre la base de muestreo aleatorio— la toma de muestra de productos.
- b) Documentos denominados “*Datos crudos para el análisis de cantidad de producto en preempacados*” —fs. 10 y 15—; “*Informe de la verificación de cumplimiento e incumplimiento de la muestra en volumen (...)*” —fs. 11 y 16—, e Informe de inspección de contenido neto en aceite de coco —fs. 18 al 20—, elaborados por la Unidad de Seguridad y Calidad de la Dirección de Vigilancia de Mercado de la Defensoría del Consumidor, en los que consta que luego de los análisis de metrología legal, se obtuvo como resultado que: (i) las muestras de los productos denominados “*Aceite Orgánico de Coco Virgen con sabor a mantequilla*” y “*Aceite Orgánico de Coco Virgen infundido con sabor a ajo*”, ambos de la marca *Ellyndale Organics*, ambas con contenido neto de 355 ml, presentaron incumplimiento en la cantidad real respecto de la reflejada en la etiqueta, identificándose: **Error T1**, así como se consigna en el siguiente cuadro:

Nº de acta	Nombre del producto	Marca del producto	Contenido Neto declarado	Proveedor, importador o distribuidor	Resultado del informe técnico	Cantidad real de unidad verificada	Error individual de preempacado	Deficiencia Tolerable (T en ml)
DVM-Cn/0993/19	Aceite Orgánico de Coco Virgen con Sabor a Mantequilla	Ellyndale Organics	355 ml	Distribuidos por: Nutrición Élite, S.A. DE C.V.	Error T1	343.9	-11.1	10.65
						339.4	-15.6	
						339.2	-15.8	
						345.4	-9.6	
						335.0	-20.0	
DVM-Cn/0995/19	Aceite Orgánico de Coco Virgen infundido con Sabor a Ajo	Ellyndale Organics	355 ml	Distribuidos por: Nutrición Élite, S.A. DE C.V.	Error T1	343.7	-11.3	10.65
						343.5	-11.5	
						345.5	-9.5	
						341.9	-13.1	
						344.3	-10.7	

- c) Impresión de fotografías de los productos “Aceite Orgánico de Coco Virgen con Sabor a Mantequilla” y “Aceite Orgánico de Coco Virgen infundido con Sabor a Ajo”, de fs. 9, 12, 14 y 17.
- d) Actas para la destrucción de muestras de productos en preempacados con hallazgo de incumplimiento y sus anexos, fs. 32 al 41.

Respecto a la documentación detallada, 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 gozan las actas de inspección de la Defensoría del Consumidor, ha quedado comprobado:

1. Que el día 17/12/2019, la proveedora **OPERADORA DEL SUR, S.A. DE C.V.**, en el establecimiento denominado “Walmart Escalón” puso a la venta 10 empaques plásticos de los productos denominados “Aceite Orgánico de Coco Virgen con sabor a mantequilla” — 5— y “Aceite Orgánico de Coco Virgen infundido con sabor a ajo” —5—; a fin de que los consumidores los adquieran para su uso o consumo. Que, según la etiqueta de los productos, el contenido neto de ambos era de 355 ml.
2. Que la deficiencia máxima permitida para los productos “Aceite Orgánico de Coco Virgen con sabor a mantequilla” y “Aceite Orgánico de Coco Virgen infundido con sabor a ajo”, ambos de la marca Ellyndale Organics, en presentaciones de 355 ml, era de 10.65 valor que resulta de multiplicar la cantidad nominal del producto (355 ml) por el porcentaje de cantidad nominal preestablecido (3%), según la siguiente fórmula: $355\text{ml} \times 3/100 = 10.65 \text{ ml}$ conforme a lo establecido en el artículo 4.2.3 y tabla 2 del artículo 5, ambos del RTCA 01.01.11:06, configurándose la existencia de **Error T1**, de acuerdo al detalle siguiente:

Número de acta	Tipo de error	Número de muestra
DVM-Cn/0993/19	Error T1	1, 2, 3 y 5
DVM-Cn/0995/19	Error T1	1, 2, 4 y 5

Según el numeral 2.12.1 del RTCA 01.01.11:06, un **Error T1** se define como *un preempacado no conforme que se determina que contiene una cantidad real menor que la cantidad nominal menos la tolerancia de deficiencia permitida para la cantidad nominal*. Y en relación al numeral 3.2 de la misma reglamentación técnica, se establece como requisito de los preempacados individuales, que la cantidad real

de producto en un preempacado debe reflejar exactamente la cantidad nominal, pero se permitirán desviaciones razonables, mismas que en este caso han sido superadas, tal como se señaló en el punto 2 supra relacionado.

Para determinar si una muestra de productos cumple o no con lo exigido en el RTCA 01.01.11:06, han de tomarse en cuenta los criterios del numeral 4.1.1 de dicha normativa técnica, en el que se establece que un lote de inspección es aceptado si se cumple y satisface con los siguientes parámetros:

- a) Que no existan productos con error promedio (cuyo signo aritmético sea negativo);
- b) **Que no hayan preempacados no conformes, más de los permitidos en la columna 4 de la tabla 1 del referido RTCA, con Error T1; y,**
- c) Que no haya ningún preempacado no conforme en las muestras con Error T2.

Finalmente, el mismo numeral 4.1.1 en comento estipula que un lote de inspección debe ser **rechazado si no satisface uno o más de los requisitos.**

En ese sentido, las muestras de los productos que fueron objeto de análisis no satisfacen las letras b) y c) de los requisitos del artículo 4.1.1 del RTCA 01.01.11:06, por lo cual el mencionado lote de inspección debe rechazarse por incumplir con los criterios establecidos; en consecuencia, no cumple con la reglamentación técnica vigente que establece los requisitos de contenido neto en productos preempacados.

Asimismo, este Tribunal es de la idea que la conducta ilícita en mención se materializa por el solo hecho de **producir o comercializar** bienes o productos que incumplan con las normas técnicas vigentes. Para el caso en estudio, el término «**producir**» a que hace referencia la ley, se refiere a la acción de fabricar o elaborar un producto preempacado; mientras que con «**comercializar**», se hace alusión al 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 fabrican y/u ofrecen al consumidor, se encuentran productos que, al ser verificados por medio de un análisis de metrología legal respecto de las normas técnicas vigentes, resultan con incumplimientos.

Asimismo, el Juzgado Segundo de lo Contencioso Administrativo en resolución de referencia 00010-180- ST-COPA-2CO de las diez horas del día 12/06/2018 dispuso: *“(...) no puede excusarse a la proveedora de su imprudencia, alegando que se inobservó el criterio de responsabilidad del artículo 36 literal c) de la LPC, pues a criterio de este Tribunal, la infracción por la que se le ha impuesto las respectivas sanciones no hace distinción entre productos envasados, etiquetados, a granel, o los distintos tipos de productos que pueden ofrecerse a los consumidores. Dicha infracción solo contiene el supuesto de ofrecer un producto, en términos generales, que no haya cumplido con la normativa técnica. Si bien, no puede exigírsele a la proveedora denunciada 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 demandante y que no cumplió, es su deber de garantizar que los productos que ella ofrece 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 demandante la que debe de verificar que antes de ser ofrecidos al público, los productos que compra cumplan con la normativa vigente”

En concordancia con lo anterior, de la documentación agregada al presente expediente se colige que:

La proveedora **OPERADORA DEL SUR, S.A. DE C.V.**, como propietaria del establecimiento en el que se invitaba a los consumidores a que adquirieran los mismos para uso o consumo, tenía la obligación de verificar y poner a disposición del consumidor únicamente aquellos productos que cumplieran los requisitos y condiciones exigidas por la ley para su comercialización, lo cual no hizo, al ofrecer productos, cuya cantidad real es menor en comparación a la cantidad nominal declarada en la etiqueta, por lo que el lote analizado no cumplía con las exigencias especiales que se determinan en la normativa técnica de contenido neto, poniendo en riesgo potencial el derecho a la información de los consumidores.

Asimismo, en relación a la jurisprudencia a que hace referencia la proveedora denunciada, emitida por la honorable Sala de lo Contencioso Administrativo, en la cual absuelven a la proveedora denunciada por la infracción atribuida regulada en el **artículo 43 letra f) de la LPC** —vigente al momento de los hechos señalados por la proveedora como ejemplo—, relacionado al contenido neto de los productos objetos de hallazgo, este Tribunal considera que es necesario aclarar que la infracción desarrollada en las resoluciones emitidas por la Sala, es distinta a la denunciada actualmente por la Presidencia de la Defensoría del Consumidor, la cual motivó el presente procedimiento administrativo sancionador, por lo cual, los hechos ocurridos en fecha 17/12/2019, promovieron la denuncia por ser contraria a la conducta realizada por la proveedora, que hicieron que la misma incurriera en la infracción establecida en el **artículo 44 letra h) de la LPC**, la cual establece: “ *Son infracciones muy graves : h) Producir o comercializar productos envasados con contenido neto fuera de la normativa técnica obligatoria*”, y como es el caso, ha quedado comprobado que la denunciada, comercializó dentro de su establecimiento productos envasados con contenido neto fuera de la normativa, por presentar **Error TI**, asimismo, el legislador dentro de la LPC, ha sido específico con la referida infracción regulando la acción ilícita y los sujetos que recaerán específicamente en dichas conductas, por otra parte, la proveedora en la jurisprudencia citada hace referencia al artículo 43 letra f) de la LPC, el cual fue aplicado para los hechos realizados al momento de la infracción, siendo estas conductas distintas, por lo cual, este Tribunal no puede tomar en consideración lo resuelto por la Honorable Sala, por ser distintos los tipos denunciados.

En otros términos, se ha podido acreditar, a partir de la documentación que obra en el presente procedimiento administrativo que la proveedora **OPERADORA DEL SUR, S.A. DE C.V.**, efectivamente comercializó dichos productos con incumplimiento a la normativa técnica vigente.

En virtud de ello, la denunciada debe ser acreedora de la sanción correspondiente conforme a lo consignado en el artículo 47, por haberse acreditado el cometimiento de la conducta tipificada en el artículo 44 letra h), ambos de la LPC.

VII. 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 letra h) de la LPC —vigente al momento que sucedieron los hechos—, la que se sanciona con multa hasta de 500 salarios mínimos mensuales urbanos en la industria, según el artículo 47 de la LPC. Por consiguiente, es facultad de este Tribunal determinar la sanción que corresponda a la luz de los parámetros establecidos en la jurisprudencia aplicable.

Así, este Tribunal tomará en cuenta los principios de legalidad, proporcionalidad y culpabilidad para la determinación de la multa, es así que verificará el 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 —dolo o culpa— con la que procedió el infractor, 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 documentación presentada por la proveedora en CD de fs. 63, consistente en: **a)** estado de resultados de los años 2019 al 2021, **b)** declaración del impuesto sobre la renta de los años 2019 al 2021; se tomará en cuenta el total de rentas gravadas de la declaración del impuesto sobre la renta y contribución especial del año 2019 —por ser el año en que ocurrieron los hechos—, cuyo monto asciende a la cantidad de **\$720,702,494.00**

Al constatar la información financiera presentada, 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 clasificados en la referida ley, por lo cual, al comparar la información financiera y la clasificación de contribuyentes publicada por la Dirección General de Impuestos Internos del Ministerio

de Hacienda, la proveedora denunciada cuenta con la capacidad económica de un “*gran contribuyente*”, por consiguiente, para los efectos de la cuantificación de la multa, será considerada como tal.

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.

Por otra parte, resulta pertinente señalar lo dispuesto en el artículo 42 inc. 2º 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. 3º del mismo artículo: “*El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa*”, y lo señalado en el artículo 947 del Código de Comercio, relativo a que: “*Las obligaciones mercantiles deben cumplirse con la diligencia de un buen comerciante en negocio propio*”.

A partir de tales disposiciones, este Tribunal concluye que, la proveedora **OPERADORA DEL SUR, S.A. DE C.V.**, actuó de manera *negligente* en la gestión de su negocio, ya que, como propietaria del establecimiento en el que se comercializaban los productos objeto de hallazgo, es la responsable de adoptar las medidas necesarias para cumplir con las obligaciones que impone la ley de la materia, tales como verificar que la cantidad real del producto ofrecido a los consumidores correspondiera a la cantidad de contenido neto declarado en la viñeta de aquellos y que los mismos cumplieran todos los requerimientos de las normas técnicas al momento de recibirlos de su proveedor. Y, en caso de que la cantidad real del producto fuera menor en comparación a la cantidad nominal declarada en la etiqueta, los mismos sean cambiados inmediatamente a fin de no ofrecer a los consumidores productos cuyo contenido neto se encuentre fuera de la normativa técnica obligatoria vigente, lo cual no hizo.

En ese orden, del análisis de los hechos y documentación agregada al expediente, ha quedado evidenciada que la proveedora denunciada *comercializó productos envasados con contenido neto fuera de la normativa técnica obligatoria*.

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 que: en el establecimiento propiedad de la proveedora **OPERADORA DEL SUR, S.A. DE C.V.**, —Walmart Escalón—, el día 17/12/2019 se pusieron a la venta 10 unidades de los productos “*Aceite Orgánico de*

Coco Virgen con sabor a mantequilla—5— y *Aceite Orgánico de Coco Virgen infundido con sabor a ajo*—5—, ambos de la marca Ellyndale Organics; a fin de que los consumidores los adquieran para su uso o consumo, cuyo contenido neto declarado en las etiquetas se encontraba fuera de la norma técnica obligatoria, como lo establece el artículo 4.1.1 del RTCA 01.01.11:06, según el detalle expuesto en el romano VI de la presente resolución.

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 *producir o comercializar productos envasados con contenido neto fuera de la normativa técnica obligatoria*, consignada en el artículo 44 letra h) de la LPC —vigente al momento que sucedieron los hechos—; 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. 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.

En este punto, debe recordarse que la Sala de lo Contencioso Administrativo —en adelante SCA— en su jurisprudencia, 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). La ubicación de la infracción en cada clasificación dependerá de la descripción típica que haga el legislador.

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 emitida el 08/01/2016, emitida en el proceso contencioso administrativo de referencia 344-2010).

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 comercializados por la proveedora —que resultaron con incumplimiento—, derivada de la comercialización de productos envasados con contenido

neto fuera de la normativa técnica obligatoria. De ahí que, la infracción administrativa en comento es una infracción de peligro abstracto.

Sobre el tema, la SCA en la sentencia emitida en el proceso de referencia 416-2011, pronunciada a las quince horas con catorce minutos del día 21/12/2018 ha afirmado 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”*.

Aplicando tales consideraciones al caso de mérito, aun cuando no se materialice algún tipo de perjuicio concreto en la esfera jurídica de un consumidor determinado, al tratarse de una infracción de peligro abstracto, el posible agravio se configura con la sola inobservancia de la norma imperativa, es decir, de lo regulado en la LPC y en el RTCA 01.1.11:06 al acreditarse debidamente la producción o comercialización de productos envasados con contenido neto fuera de la normativa técnica obligatoria.

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 **OPERADORA DEL SUR, S.A. DE C.V.**, comercializó dichos productos envasados, es decir, se ha acreditado la comisión de una infracción que la ley en materia de consumo clasifica como muy grave, provocando con ello un perjuicio potencial en la esfera jurídica de los consumidores —de forma abstracta—, lo cual debe ser tomado en consideración como criterio para la determinación de la multa.

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

Mediante la multa impuesta, este Tribunal Sancionador pretende causar un efecto disuasivo¹ en la infractora **OPERADORA DEL SUR, S.A. DE C.V.**, quien ha cometido la infracción descrita en el artículo 44 letra h) de la LPC —vigente al momento que sucedieron los hechos—, con el fin de evitar futuras conductas prohibidas en detrimento de los consumidores y para propiciar la adopción de 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 ofrecer productos que cumplan con la normativa técnica obligatoria vigente, ofreciendo a los consumidores bienes cuyo contenido corresponda con la información que se incorpora en la viñeta, es decir, propiciando que la información que consta en los mismos sea veraz y corresponda con

¹ “(...) 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.

la realidad, con el fin de salvaguardar el interés general, situación que no consta acreditada en el presente caso.

Por consiguiente, para la determinación y cuantificación de la multa procedente, este Tribunal debe prever que, en el caso concreto, la comisión de la conducta infractora no resulte más ventajosa para la infractora que asumir la sanción correspondiente, como consecuencia de la misma.

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 descritos en el romano anterior, procederá a realizar el cálculo de la multa a imponer a la proveedora **OPERADORA DEL SUR, S.A. DE C.V.**, de acuerdo a la conducta realizada.

De manera inicial, es preciso mencionar lo previsto en el artículo 47 de la LPC, en cuanto a que las infracciones calificadas como muy graves se sancionarán con multa hasta de 500 salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.

Además, en relación con el tamaño de empresa, se ha considerado a la proveedora **OPERADORA DEL SUR, S.A. DE C.V.**, como *gran contribuyente*, 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 por **OPERADORA DEL SUR, S.A. DE C.V.**, ya que, para el caso, no se acreditó el dolo, sino *negligencia*. También se tomó en cuenta el perjuicio potencial de la conducta realizada por la proveedora, ya que con la misma se puso en riesgo el derecho a la información de todos los consumidores (por tratarse de una infracción de peligro abstracto); y, que la ley de la materia clasifica la infracción acreditada como muy grave.

Por consiguiente, conforme al análisis antes expuesto, en aplicación de los principios de disuasión, proporcionalidad y racionalidad (el tamaño de empresa y demás elementos desarrollados en el romano anterior) 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 **SEIS MIL OCHENTA Y TRES DÓLARES CON CUARENTA CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$6,083.40)**, equivalentes a veinte salarios mínimos mensuales urbanos en la industria, por la comisión de la infracción regulada en el artículo 44 letra h) de la LPC —vigente al momento que sucedieron los hechos— en relación los artículos 7 inciso primero y 27 letra b) de la LPC, y a los numerales 2.12.1, 3.2 y 4.1.1 letra b) del RTCA 01.01.11:06, por *comercializar productos envasados con contenido neto fuera de la normativa técnica obligatoria*, según se ha establecido en el presente procedimiento administrativo.

Establecido lo anterior, es menester señalar que, la multa impuesta representa el 4% dentro del margen máximo estipulado por ley como consecuencia para la comisión de tal infracción —500 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.

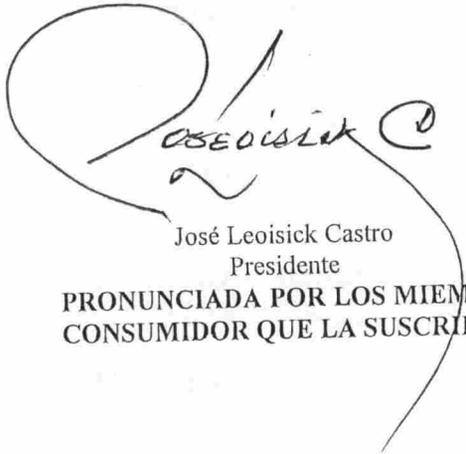
IX. DECISIÓN

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; 7 inciso primero, 27 inciso tercero, 40, 44 letra h), 47, 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. 51 al 63. Además, *tome nota* la Secretaría de este Tribunal de los medios señalados 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 **SEIS MILOCHENTA Y TRES DÓLARES CON CUARENTA CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$6,083.40)**, equivalentes a veinte salarios mínimos mensuales urbanos 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 44 letra h) de la LPC —vigente al momento que sucedieron los hechos— en relación a los artículos 7 inciso primero y 27 letra b) de la LPC, y los numerales 2.12.1, 3.2 y 4.1.1 letra b) del RTCA 01.01.11:06, conforme al análisis expuesto en el romano VI de 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

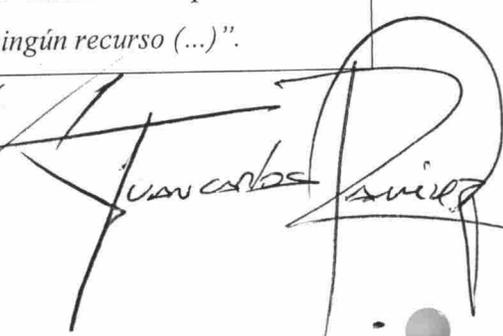
La presente resolución no admite recurso, de conformidad con lo expuesto en el artículo 167 inciso 3° de la Ley de Procedimientos Administrativos, según el cual: "Los actos y resoluciones dictados con posterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, se registrarán en cuanto al régimen de recursos, 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

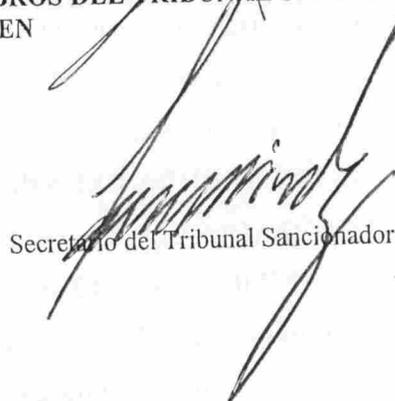


Pablo José Zelaya Meléndez
Primer vocal



Juan Carlos Ramírez Cienfuegos
Segundo vocal

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



Secretario del Tribunal Sancionador