

"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

	<b>TRIBUNAL SANCIONADOR</b>	<b>Fecha: 16/05/2023. Hora: 10:46 a.m. Lugar: San Salvador.</b>	<b>Referencia: 1546-2021.</b>
<b>RESOLUCIÓN FINAL</b>			
<b>I. INTERVINIENTES</b>			
Denunciante:	Presidencia de la Defensoría del Consumidor –en adelante la Presidencia o la denunciante-.		
Proveedora denunciada:	Pasarela, S.A. de C.V.		
<b>II. ANTECEDENTES Y HECHOS DENUNCIADOS</b>			
<p>Como expuso en la denuncia la Presidencia de la Defensoría del Consumidor, en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 58 letra f) de la Ley de Protección al Consumidor —LPC—, el 28/07/2020 se practicó inspección en el establecimiento denominado “Nine Hundred Pizza”, propiedad de la proveedora Pasarela, S.A. de C.V., Como resultado de la diligencia realizada se levantó el acta correspondiente (fs. 3 y 4), en la cual se documentó que fueron encontrados productos a disposición de los consumidores con posterioridad a la fecha de vencimiento, los cuales se especifican en el anexo UNO de la referida acta, denominado “Formulario para Inspección de Fechas de Vencimiento” (f. 5), en donde se detallan productos que la proveedora comercializaba al público y que se encontraban vencidos.</p>			
<b>III. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.</b>			
<p>Tal como consta en auto de inicio (fs. 10 y 11), se le imputó 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 los mismos se encuentre alterada”</i>. De ahí que el artículo 44 letra a) de la LPC determina que <i>“Son infracciones muy graves, las acciones u omisiones siguientes: a) Ofrecer al consumidor bienes o productos vencidos (...)”</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 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.</p>			
<b>IV. CONTESTACIÓN DE LA PROVEEDORA DENUNCIADA</b>			
<p>A. Se siguió el procedimiento consignado en el artículo 144-A de la LPC, así como en los artículos 171, 172 y 180 Código Procesal Civil y Mercantil –en adelante CPCM– y 100 de la Ley de</p>			

Procedimientos Administrativos –en adelante LPA– respetando la garantía de audiencia y el derecho de defensa de la denunciada, pues en resolución de fs. 10-11 se le concedió el plazo de cinco días hábiles contados a partir del siguiente al de la notificación de dicha resolución, para que incorporara por escrito sus argumentos de defensa y presentara o propusiera la práctica de pruebas que estimara conveniente, la cual fue notificada a la misma en fecha 30/03/2023 (fs. 12).

I. En fecha 14/04/2023, se recibió escrito (fs. 14-21), firmado por el licenciado

en calidad de apoderado especial de la proveedora Pasarela, S.A. de C.V., por medio del cual contesta la audiencia conferida en resolución de las diez horas con cuarenta y tres minutos del día 23/03/2023; expone sus argumentos de defensa, señaló lugar, medios para recibir notificaciones, así mismo comisionó a una persona para que en su representación pueda presentar y retirar documentación referente al presente procedimiento y consultar el expediente. Finalmente, agrega la documentación de fs. 22 al 24 con la que acredita su intervención y ofrece como prueba.

I.1. Mediante el referido escrito, el apoderado especial de la proveedora contesta los hechos en sentido negativo, argumentando, en resumen, que la conducta denunciada que originó el presente procedimiento es *atípica*, puesto que no se cumple la transgresión a la LPC que se le atribuye a su poderdante, porque la inspección realizada por los delegados de la Defensoría del Consumidor en el establecimiento propiedad de la denunciada, se efectuó en el contexto de la pandemia por COVID-19, y a su criterio, con fundamento en los Decretos Ejecutivos en el ramo de salud, emitidos por el Gobierno de El Salvador que ordenaban el aislamiento y las medidas de restricción, no podía configurarse la conducta típica denunciada de poner a disposición del público, productos vencidos.

I.2. Como siguiente argumento, sostiene que el hecho de encontrarse productos vencidos en el establecimiento de la denunciada, es por motivos de *fuerza mayor*, ya que confluieron situaciones que propiciaron los hechos denunciados, entre ellos que el establecimiento inspeccionado había permanecido cerrado por 3 meses, y a la llegada de los inspectores, habían transcurrido pocos días desde su reapertura. Además, en su explicación alega que los productos objeto del hallazgo, tenían pocos días de vencidos, y los mismos no se estaban usando en la elaboración de los alimentos por una reciente reducción del menú puesto a disposición del público. Por último, sobre este punto agrega que los empleados no tienen la potestad para botar los alimentos, debe hacerse una revisión previa, y la jefa de cocina es la encargada de ello, pero por padecer de una enfermedad crónica y en atención a lo dispuesto en los Decretos Ejecutivos en el ramo de salud emitidos por el Gobierno de El Salvador, la encargada no se presentaba a las instalaciones del comercio propiedad de la proveedora.

I.3. Finalmente, respecto de la información tributaria y financiera que este Tribunal requirió a la proveedora, en la resolución de inicio del presente procedimiento, para el cálculo de una eventual

sanción, en caso de comprobarse la comisión del ilícito denunciado, el apoderado de la proveedora expuso que se había vulnerado *el principio de presunción de inocencia* y se había solicitado información con la que podía *autoincriminarse*, y por tal razón no la presentaba.

**B.** En virtud de los alegatos antes expuestos, es preciso para este Tribunal, realizar el análisis que a continuación se expone:

**1. Respecto de la supuesta atipicidad.**

El licenciado describe que la conducta denunciada no es típica por haberse realizado una inspección por parte de los delegados de la Defensoría del Consumidor en el contexto de las restricciones por la pandemia de Covid-19, y para sostener su argumento cita todos los Decretos Ejecutivos en el ramo de salud emitidos por el Gobierno de El Salvador en el marco de la emergencia sanitaria mencionada. En atención a ello, es preciso traer al análisis el concepto de **tipicidad**, y el diccionario Panhispánico del Español Jurídico de la Real Academia Española la define como: *“Exigencia que impone al ordenamiento jurídico identificar con claridad el comportamiento que constituye la infracción susceptible de ser sancionada e identificar con claridad la sanción aplicable a la acción u omisión objeto de reproche jurídico”*<sup>1</sup>, es decir, que la tipicidad es el ejercicio de realizar un análisis de correspondencia entre la conducta del presunto infractor, y la conducta regulada como ilícito en la norma, y ambas deben encajar perfectamente, no ser parecidas, ni ser parcialmente iguales, deben ser **completamente idénticas** para que exista tipicidad, esto como el primer requisito para la verificación de una conducta denunciada, y si la misma resulta jurídicamente reprochable conllevará su respectiva sanción. Lógicamente, la **atipicidad** es cuando no existe esa identidad perfecta entre la conducta del individuo, que ha sido sometida a análisis, con la conducta descrita en la norma como un ilícito que acarree una sanción.

En concordancia con lo anterior, al traer el análisis de tipicidad al presente caso, se ha verificado que existen indicios suficientes para determinar que en el establecimiento comercial propiedad de la proveedora existían productos vencidos en el área de cocina, los cuales no estaban separados ni señalados como vencidos para cambio o devolución, según consta en acta de inspección No. 1085 (fs. 3-4), y esa es precisamente la conducta denunciada por la Presidencia de la Defensoría del Consumidor y que ha sido objeto de estudio en el presente procedimiento. Partiendo de ahí, para hacer el análisis de correspondencia, se verifica que la conducta que la LPC tipifica como una infracción muy grave en el artículo 44 letra a), es precisamente *“Ofrecer al consumidor bienes o productos vencidos (...)”*.

De tal suerte que sí existe identidad entre la conducta denunciada y la conducta regulada por la LPC como una infracción, por lo que **el análisis de tipicidad sí se cumple** en el presente procedimiento

<sup>1</sup> Tribunal Constitucional, de Chile, 3-IX-2015, causa rol 2666.

administrativo sancionatorio. Aunado a lo anterior, en ninguno de los Decretos Ejecutivos en el ramo de salud, emitidos por el Gobierno de El Salvador, se exime a los proveedores de bienes o servicios —o específicamente de alimentos (restaurantes)—, de cumplir con la normativa de consumo, por el contrario, se refuerza la potestad de la Defensoría del Consumidor de verificar que las conductas del mercado se mantengan conforme a la legislación aplicable, durante el período de pandemia por Covid-19. Sobre la base del anterior análisis debe *desestimarse* el argumento de falta de tipicidad expuesto por el licenciado

## ***2. Respecto del supuesto impedimento por fuerza mayor.***

El referido apoderado de la proveedora sostuvo que el hecho de encontrarse productos vencidos en el establecimiento de la denunciada, es por motivos de *fuerza mayor*, esto debido a que: **a)** el comercio inspeccionado había permanecido cerrado por 3 meses, y cuando los inspectores se apersonaron, apenas habían transcurrido unos días desde su reapertura; **b)** los productos objeto del hallazgo, tenían pocos días de vencidos, y no se usaban en la elaboración de los alimentos; y **c)** los empleados no tienen la potestad para botar los alimentos, debe hacerse una revisión previa por parte de la jefa de cocina y en ese momento ella no se presentaba a las instalaciones del restaurante por causas de salud. Ante ello, es preciso analizar cuándo o en qué supuestos nos encontramos frente a un impedimento por fuerza mayor, y el mismo diccionario precitado define la **fuerza mayor** como una “*circunstancia imprevisible e inevitable que altera las condiciones de una obligación. Son supuestos típicos de fuerza mayor los acontecimientos naturales extraordinarios como las inundaciones catastróficas, los terremotos, la caída de un rayo, etc.*”.

En el ordenamiento jurídico salvadoreño, nuestro Código Civil es coincidente con dicho concepto cuando define en el artículo 43: “*Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.*”, es decir que la fuerza mayor es aquel suceso que **no se puede prever ni evitar**, y para el presente caso, la pandemia por Covid-19 cumple con esas características. No obstante, respecto de las obligaciones legales que como proveedora de alimentos, tenía la denunciada, es oportuno analizar si efectivamente la pandemia por Covid-19 le impedía completamente cumplirlas, o si existía alguna posibilidad de hacerlo, específicamente evitar tener productos vencidos en el área de cocina donde se preparan los alimentos que comercializa.

El apoderado de la proveedora argumentó que los productos vencidos objeto del hallazgo, se encontraban ahí por motivos de fuerza mayor, en resumen tres:

**a)** *Porque el comercio inspeccionado había permanecido cerrado por 3 meses, y cuando los inspectores se apersonaron, apenas habían transcurrido unos días desde su reapertura. Sobre este*

punto, es importante mencionar que los Decretos Ejecutivos en el ramo de salud emitidos por el Gobierno de El Salvador, mantuvieron una cuarentena domiciliar y restricción de movilidad hasta el día 12/06/2020, y la inspección en el comercio propiedad de la denunciada se realizó el día 28/07/2020, es decir que ya había transcurrido un mes con quince días, aproximadamente, desde que se levantaron las medidas de restricción circulatoria en el territorio, hasta el día de la inspección, tiempo en el que se pudo verificar las fechas de caducidad de los productos que se encontraban en el establecimiento.

Además sobre este punto, es importante destacar que es un hecho público y notorio que durante el período de cuarentena domiciliar por la pandemia de Covid-19, la proveedora no dejó de comercializar los alimentos que ofrece al público, pues en sus perfiles de redes sociales, específicamente en la red social Instagram, con el usuario diversas publicaciones en dicho período, en las que se observan imágenes de los productos, promociones u ofertas, y al pie de las mismas un texto común: *"Puedes ordenar tu pizza con servicio a domicilio por medio de Hugo App, Uber Eats y Bob App (...) Si prefieres pasar a recoger tu pedido en Plaza Malta puedes llamarnos (...)"*, es decir que ofrecía a los consumidores pasar a recoger los alimentos a la misma sucursal donde se llevó a cabo la inspección que originó la denuncia de la Presidencia de la Defensoría del Consumidor, es decir que hay indicios suficientes que llevan a este Tribunal a concluir que ese establecimiento probablemente permaneció cerrado pero para la atención al público presencialmente en mesas dentro del local, pero no para la elaboración de los alimentos que enviaban a domicilio y entregaban a las personas que pasaban a recogerlos, es decir que el argumento de tener productos vencidos en el área de la cocina como consecuencia del supuesto cierre prolongado del local comercial y reciente reapertura cuando los inspectores llegaron, es completamente inválido, carece de todo fundamento y **no configura un supuesto de fuerza mayor.**

b) *Los productos objeto del hallazgo, tenían pocos días de vencidos, y no se usaban en la elaboración de los alimentos.* Respecto de este argumento, es preciso hacer notar que la LPC no minimiza la infracción de ofrecer al consumidor productos vencidos, cuando el tiempo transcurrido desde la caducidad de estos sea de *"pocos días"*, por el contrario, el supuesto de hecho tipificado como ilícito administrativo no hace distinción entre el período transcurrido desde la fecha de vencimiento del producto hasta la fecha del hallazgo, así como tampoco le resta importancia el hecho que los alimentos no eran parte de los ingredientes para la elaboración del menú ofrecido al público, por lo que el argumento expuesto por el apoderado también resulta inválido y **no encaja en un supuesto de fuerza mayor.**

c) *Los empleados no podían botar los alimentos sin una revisión previa por parte de la jefa de cocina, quien no se presentaba a las instalaciones del restaurante por causas de salud.* Si bien es cierto,

la proveedora puede contar con protocolos internos del manejo de sus inventarios, la ausencia de la jefa de cocina, por las razones que fueran, no le impedía la verificación de la inocuidad de los productos que utilizan en la cocina para elaboración de los alimentos ya transformados que ofrecía al público, pues así como la ausencia física de la encargada de cocina no le impidió continuar con las funciones comerciales del negocio, no tenía por qué impedirle verificar la fecha de vencimiento de los alimentos que se encontraban en la cocina, los cuales tampoco estaban separados ni rotulados como vencidos, según consta en el acta de inspección, pues se le preguntó a la encargada de la proveedora que atendió a los inspectores si tenían productos vencidos separados para cambio o devolución, a lo que la persona respondió que *no tenían* (fs. 3-4). En conclusión, la ausencia de la encargada de la verificación de las fechas de vencimiento de los alimentos en la cocina, **no constituye un supuesto de fuerza mayor** tampoco, porque pudo haberse delegado a otro empleado que lo hiciera en sustitución conforme a algún protocolo de verificación interno de la denunciada.

3. Respecto de la supuesta transgresión a la garantía constitucional de presunción de inocencia y al derecho a la no autoincriminación.

Este Tribunal, en la resolución de inicio del presente procedimiento administrativo sancionador (fs. 10-11), requirió a la proveedora, con fundamento en la jurisprudencia citada en el romano III número 4 de aquella resolución, que presentara cierta documentación tributaria y financiera ahí descrita, con el fin de aplicar criterios de dosimetría punitiva en el supuesto que al finalizar el respectivo procedimiento administrativo, se determinara fehacientemente la comisión de la infracción atribuida por parte de la denunciada, y en ningún momento se determinó en la citada resolución, que la proveedora ya fuera acreedora de una sanción, de tal suerte que **no se ha transgredido la garantía constitucional de presunción de inocencia de la proveedora denunciada**, como alegó su apoderado, pues del texto de la resolución se advierte que el fin de la información requerida es únicamente garantizarle a la presunta infractora su derecho al debido proceso y finalizado el mismo, en el eventual escenario de resultar culpable por la comisión de la infracción, aplicar una consecuencia jurídica apegada a los principios de *razonabilidad y proporcionalidad*.

Finalmente, la supuesta autoincriminación alegada por el apoderado de la denunciada en la que se escuda para no presentar la información requerida, no se configura a la luz del análisis de este Tribunal, pues la información contenida en la documentación tributaria y financiera, **no tiene nada de vinculación con la conducta denunciada que podría configurar la comisión de la infracción atribuida**, que es la regulada en el artículo 44 letra a) de la LPC por "*Ofrecer al consumidor bienes o productos vencidos (...)*", y en las declaraciones de Impuesto Sobre la Renta, estados financieros auditados y estados de resultados, no se refleja si la proveedora tenía o no, productos vencidos en su comercio que es la conducta

objeto de análisis del presente procedimiento administrativo sancionador, por lo que debe declararse *sin lugar la supuesta transgresión a la garantía constitucional de presunción de inocencia* y además tener por *no cumplido el requerimiento de información* por parte de la proveedora denunciada

C. En conclusión, de los argumentos expuestos como defensa por el apoderado de la proveedora, este Tribunal no puede advertir ninguna causa que eximiera a la denunciada de cumplir con lo dispuesto en el artículo 14 de la LPC, donde se prohíbe a todo proveedor de bienes o servicios *poner a disposición al público productos con posterioridad a su fecha de vencimiento*, y la pandemia por Covid-19 no le abstraía de su responsabilidad de cumplir con todas las obligaciones establecidas en la LPC y verificar que los productos que eran utilizados para la preparación de los alimentos que comercializa fueran óptimos para el consumo. En el caso en particular resulta aún más grave por la afectación que pudiera causar en la salud de cualquier persona que ingiriera un alimento preparado con un producto caducado y la responsabilidad de verificación de la proveedora es mayor, porque el consumidor no tiene la oportunidad de comprobar personalmente las condiciones de los ingredientes antes de la transformación en el alimento final que es servido.

La responsabilidad de la proveedora frente a las obligaciones y prohibiciones de la LPC, además están ligadas a lo dispuesto en el artículo 947 del Código de Comercio, donde establece que las obligaciones mercantiles deben cumplirse con la diligencia de un buen comerciante en negocio propio. Importante mencionar que, en lo concerniente a la configuración de la comisión de la infracción, y la proporcionalidad de la multa a imponer, serán desarrollados ampliamente en los romanos siguientes de esta misma resolución.

## V. VALORACIÓN DE PRUEBA/HECHOS PROBADOS

1. 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 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 propios).*

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 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 propios).

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 a) de la LPC, se seguirán las disposiciones citadas previamente.

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

a) Acta N° 0001085 (fs.3 y 4) de fecha 28/07/2020 y anexo UNO denominado “*Formulario para Inspección de Fechas de Vencimiento*” (f.5); por medio de los cuales se establece que la Defensoría del Consumidor realizó inspección en el establecimiento propiedad de la proveedora, así como los hallazgos consistentes en 7 tipos de productos encontrados en estante en área de producto seco y cámara refrigerante en área de cocina dentro del establecimiento, conforme al detalle siguiente:

No.	Producto	Marca	Cantidad	Días desde su vencimiento	Clasificación de alimento por riesgo*
1	Salsa de Soya	Mc Cormick	1	157 días	B
2	Mayonesa	Hellmann's	3	8 días	B
3	Jamón Rectángulo	Sin Marca	1	20 días	A
4	Jamón Virginia	La Única	1	12 días	A
5	Peperoni	La Única	1	11 días	A

6	Jamón Familiar	Sin Marca	1	18 días	A
7	Jamón Fino	Sin Marca	1	15 días	A

*\*De conformidad a la clasificación del numeral 5 Clasificación de los alimentos por riesgo del Reglamento Técnico Centroamericano RTCA 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) Impresión de fotografía vinculada con el acta N° 0001085 (f.9), con la cual se establece la presentación de los productos objeto del hallazgo.

3. Con respecto a la documentación antes relacionada, se advierte que la propietaria del establecimiento no logró desvirtuar los hechos que se le atribuyeron en la denuncia. Se concluye entonces que los citados documentos, al tener una conexión lógica con los hechos alegados en la denuncia, mantienen la certeza legal que ostentan.

## VI. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

A. Con base en los elementos probatorios antes señalados y en virtud de la **presunción de certeza** que goza el acta de inspección de la Defensoría del Consumidor, este Tribunal establece que existe prueba suficiente para determinar que la proveedora Pasarela, S.A. de C.V., no atendió la prohibición regulada 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 (...)”*, por cuanto, en el establecimiento denominado “Nine Hundred Pizza” se tenían 9 productos alimenticios -uno en específico con 157 días desde su caducidad-, los cuales podían ser utilizados para la elaboración de los alimentos que son dispuestos para el consumo del público.

Asimismo, este Tribunal ha valorado en varias ocasiones y se ha pronunciado que la conducta ilícita en mención se materializa 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.

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 Pasarela, S.A. de C.V., 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 de los consumidores.

En consecuencia, este Tribunal considera que existe responsabilidad de la proveedora por el cometimiento de la infracción que se le imputa, al: "*ofrecer al consumidor bienes o productos con posterioridad a su fecha de vencimiento*", y efectivamente se configura el ilícito establecido en el artículo 44 letra a) de la LPC, resultando procedente imponer la sanción conforme el artículo 47 de la misma ley.

**B.** Ahora bien, establecida la conducta ilícita, es importante hacer referencia al tema de culpabilidad, así:

El principio de culpabilidad está reconocido por el artículo 12 Cn, que prescribe: «[t]oda 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, doce horas del diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y dos).

En este sentido, la Sala de lo Constitucional respecto al principio de culpabilidad en materia administrativa sancionadora ha expresado que «[e]l 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 doce horas veinte minutos del veintinueve de abril de dos mil trece).

Cabe destacar que una de la sub-categorías 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 «[e]l 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» [Nieto, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador, quinta edición totalmente reformada, Madrid. Editorial Tecnos, p. 329, 2011]. 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 (Sentencia emitida en el proceso 90-2014 por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, a las catorce horas cincuenta y uno minutos del veinticuatro de octubre de dos mil diecinueve).

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.

Sin perjuicio de lo anterior, en el presente procedimiento no hay elementos suficientes como para determinar que tal omisión haya sido producida de manera dolosa; no obstante, al ser que la proveedora se dedica a la comercialización de alimentos al público, teniendo el conocimiento de las consecuencias jurídicas que ésta conlleva, se denota que el actuar de la proveedora ha sido de manera negligente, al no cumplir con las exigencias de la LPC.

#### **VII. PARÁMETROS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN**

Como se expuso en los acápites precedentes, se estableció por parte de la proveedora denunciada la comisión de la infracción muy grave contenida en el artículo 44 letra a) de la LPC, lo cual se sanciona con multa hasta de quinientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria (artículo 47 de la

LPC); por ello, 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, 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 lectura del expediente administrativo, no es posible encajar a la proveedora **Pasarela, 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 y 11), argumentando que dicha información le autoincriminaba pero que ya fue resuelto en el romano IV de la presente resolución. Es decir, en el presente procedimiento administrativo sancionador la proveedora infractora ha mostrado una conducta procedimental que evidencia el incumplimiento de su deber a prestar la colaboración que le es requerida para el buen desarrollo de los procedimientos (art. 17 número 5 de la LPA), por haber omitido presentar la información solicitada por esta autoridad sancionadora.

Consecuentemente, este Tribunal se ve impedido de clasificar a la proveedora de conformidad a los parámetros del artículo 3 de la Ley MYPE. Pese a lo antes indicado, con el objeto de cumplir su obligación de resolver, de conformidad a los principios que rigen el *ius puniendi*, se realizará una interpretación *pro administrado*, por lo que, únicamente para los efectos de la cuantificación de la multa, este Tribunal procederá a considerar a la proveedora como una *microempresa*, 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 la denunciada 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, este Tribunal determinó una actuación negligente por parte de la proveedora **Pasarela, S.A. de C.V.**, pues como propietaria del establecimiento, es la principal responsable de adoptar las medidas necesarias a efecto de dar cumplimiento a las obligaciones que impone la ley de la materia, como es retirar los productos vencidos separándolos del resto que está apto para la elaboración de alimentos que comercializa, 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 sus proveedores, y en caso de estar caducados, éstos sean cambiados inmediatamente a fin de no ofrecer alimentos elaborados con productos vencidos a los consumidores.

Por lo que en el presente caso, se configura plenamente una conducta negligente por parte de la proveedora **Pasarela, S.A. de C.V.**, por no haber atendido con la debida diligencia su negocio, incumpliendo así su obligación como comerciante.

***c. Grado de participación en la acción u omisión.***

A partir de un examen del presente expediente administrativo, queda demostrado que el grado de participación en la infracción de la proveedora es directa e individual, pues se acreditó que en el establecimiento de su propiedad — Nine Hundred Pizza— 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*, los cuales pudieron ser utilizados en la preparación de alimentos que son 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 la infracción administrativa relativa a ofrecer productos vencidos —artículo 44 letra a) de la LPC— pone en riesgo inminente el derecho a la salud, ya 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 un perjuicio potencial, pues basta que los productos vencidos

se encuentren a disposición de los consumidores para generar el riesgo que los adquieran y consuman afectando su salud e integridad física.

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 veintiuno de diciembre de dos mil dieciocho, *“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”*.

Por lo anterior, este Tribunal, en aplicación del principio de proporcionalidad, consideró la cantidad de productos identificados dentro del hallazgo (9), además del tipo de riesgo que según el RTCA 67.04.50:17 cada uno representa (riesgos A y B). Así, según el acta precitada, en el establecimiento inspeccionado se ofrecían productos de 2 tipos de riesgo, que se encontraban con posterioridad a su fecha de vencimiento.

En ese sentido, las circunstancias antes expuestas, serán consideradas por este Tribunal para la cuantificación de la multa, en atención a la incidencia que cada una representa para el sistema de protección integral al consumidor.

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

Este parámetro será considerado según lo establece la Sala de Constitucional en la sentencia de inconstitucionalidad de refs. 109-2013 de fecha 14 de enero de /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, pues de haberse realizado la venta de los mismos, esto constituiría el beneficio ilícito obtenido por la infractora. Así, para el caso que nos ocupa, de la lectura del Acta de Inspección, Formulario para Inspección de Fechas de Vencimiento, se puede evidenciar que el precio de mercado de los productos ofrecidos por la proveedora no supera el equivalente a un salario mínimo mensual vigente, si no aproximadamente fue de \$70.00 dólares, por lo que podemos concluir que el

grado de beneficio ilícito que pudo obtener es bajo, elemento a considerar como atenuante en la cuantificación de la multa, en razón de la mínima incidencia.

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

Mediante la multa impuesta, este órgano pretende disuadir a la infractora Pasarela, S.A. de C.V., quien ha cometido la infracción descrita en el artículo 44 letra a) de la LPC, con el fin de evitar futuras conductas prohibidas en detrimento de los consumidores y que adopte las medidas necesarias a efecto de dar cumplimiento a las obligaciones que le impone la LPC.

Es menester señalar que este Tribunal, con la imposición de la sanción —multa—, busca prevenir futuros incumplimientos a la LPC como el que nos ocupa, máxime cuando todo proveedor de bienes se encuentra en la obligación de ofrecer productos que sean óptimos para el consumo, con el fin de salvaguardar el interés general.

#### VIII. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA MULTA

Este Tribunal, en uso de la sana crítica -artículo 146 inc. 4º de la LPC- y habiendo considerado los elementos desarrollados en el romano anterior, procederá a realizar el cálculo de la multa a imponer a la sociedad Pasarela, S.A. de C.V.

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 Pasarela, S.A. de C.V., propietaria del establecimiento identificado como “*Nine Hundred Pizza*”, como una *microempresa* —por presunción—, 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 la proveedora, ya que, para el caso, no se acreditó el dolo, sino *negligencia*.

Igualmente, se razonaron las circunstancias analizadas en el literal d. del apartado VII de esta resolución, es decir, la relevancia del hallazgo y la clasificación de riesgo para producir daños en la salud que cada tipo de producto ostentaba según el RTCA 67.04.50:17. En ese sentido, este Tribunal consideró además la escasa cantidad de productos que componían el hallazgo, ello en virtud de que solamente fueron identificados 5 artículos, clasificados en un tipo de riesgo de productos destinados a la alimentación posteriores a la fecha de vencimiento, esto según el RTCA utilizado en esta resolución para estimar la posibilidad de ocasionar daños a la salud.

Todo lo anterior, se traduce, a criterio de este Tribunal, en una estimación menor de la cantidad económica a establecer en concepto de multa, debido a su mínima cuantía, la cual representa una ínfima incidencia en el Sistema Nacional de Protección al Consumidor. También, se consideró que el beneficio potencial que pudo obtener la proveedora, conforme a lo razonado en el literal e. del apartado anterior de esta resolución, como *bajo*, pues su valor es indeterminado en el presente expediente.

En línea con lo expuesto, es necesario señalar, que el principio de razonabilidad establece que las decisiones de la autoridad deben adoptarse dentro de los límites de sus facultades y manteniendo la proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que debe tutelar. En consecuencia, este Tribunal considera que en el presente procedimiento administrativo sancionador resulta pertinente fijar una multa cuya cuantía resulta idónea, necesaria y proporcional para la consecución de los fines constitucionalmente legítimos —efecto disuasorio—, previniendo así, situaciones en donde la comisión de la conducta prohibida por parte del sujeto infractor resulte más beneficiosa que el cumplimiento de la norma misma, lo cual a su vez podría llevar a incumplir la finalidad de tutela de los derechos de información y económicos de los consumidores.

Por lo tanto, este Tribunal impone a la proveedora Pasarela, S.A. de C.V., una multa de DOS MIL QUINIENTOS OCHENTA Y CINCO DÓLARES CON CUARENTA Y CUATRO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$2,585.44), equivalentes a ocho meses con quince días 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, consistente en ofrecer productos vencidos a los consumidores, según se ha establecido en el presente procedimiento administrativo.

Establecido lo anterior, es menester señalar que, la multa impuesta representa el 1.7%, respectivamente, 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; 14, 40, 44 letra a), 47, 83 letra b), 144 y siguientes de la LPC, este Tribunal **RESUELVE**:

- a) *Sanciónese* a la proveedora Pasarela, S.A. de C.V., con la cantidad de **DOS MIL QUINIENTOS OCHENTA Y CINCO DÓLARES CON CUARENTA Y CUATRO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$2,585.44)**, equivalentes a *ocho meses con quince días de salario mínimo mensual urbano en la industria*—D.E. N° 6 del

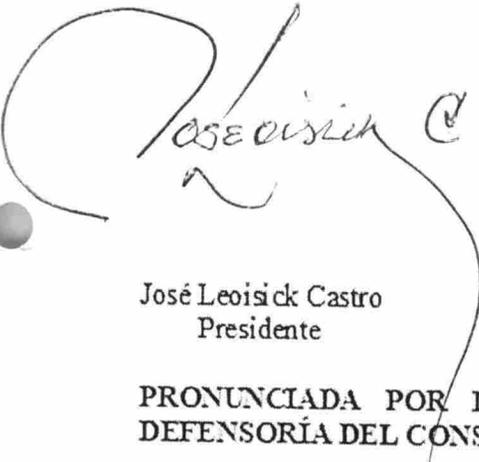
21/12/2017, publicado en el D.O. N° 240, tomo 417 del 22/12/2017— en concepto de multa por la comisión de la infracción regulada en el artículo 44 letra a) de la LPC, por ofrecer productos vencidos a los consumidores conforme al análisis expuesto en el romano VI de la presente resolución y con fundamento 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.**

b) *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 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 (...)”*.

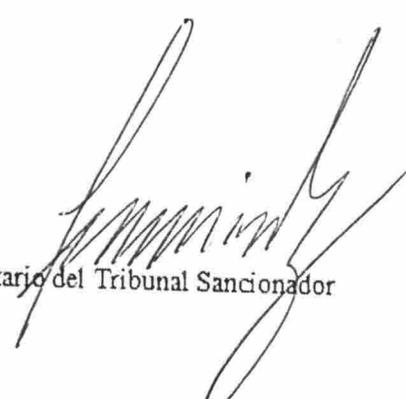
  
José Leoisick Castro  
Presidente

  
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.**

MSC/MP

  
Secretario del Tribunal Sancionador