

 Defensoría del Consumidor	TRIBUNAL SANCIONADOR	Fecha: 09/06/2023 Hora: 10:40 Lugar: San Salvador	Referencia: 1314-2020
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. JFM, S.A. de C.V.		
II. ANTECEDENTES Y HECHOS DENUNCIADOS			
<p>Como expuso en su denuncia la Presidencia, en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 58 letra f) de la Ley de Protección al Consumidor —en adelante LPC—, el día 19/08/2020 se practicaron inspecciones en el establecimiento denominado “Walmart Santa Elena” La Libertad, propiedad de la proveedora OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V.</p> <p>Como resultado de la diligencia realizada, se levantaron actas de inspecciones de etiquetado general y nutricional de alimentos preenvasados con número de referencias DVM-EG/129/20 y DVM-EN/129/20, en la cual —mediante Informe de Inspección— se documentó que fueron encontrados a disposición de los consumidores, bienes que incumplían lo prescrito en los artículos 7 inciso primero y 27 inciso tercero de la LPC, en relación al artículo 5.5.2 del Reglamento Técnico Centroamericano de Etiquetado General de los Alimentos Previamente Envasados (Preenvasados)—en adelante RTCA 67.01.07:10—, <i>la etiqueta del producto</i> “Bebida de coco. Coco. Bebida de coco” <i>no se declara la dirección exacta del distribuidor</i> y con el numeral 5.2.5 del Reglamento Técnico Centroamericano de Etiquetado Nutricional de Productos Alimenticios Preenvasados para el Consumo Humano para la Población a partir de 3 años de edad —en adelante RTCA 67.01.60:10—, correspondiente con el producto “Bebida de coco. Coco. Bebida de coco” <i>no se declara el nombre de referencia de los valores nutricionales utilizados.</i></p>			
III. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.			
<p>Tal como consta en auto de inicio (fs. 28 y 29), se les imputa a las proveedoras denunciadas la comisión de la infracción establecida en el artículo 43 letra f) de la LPC, consistente en: <i>“Fabricar, importar, empacar, distribuir o comercializar bienes en los que no se cumplan las normas técnicas vigentes; así como comercializar servicios que no las cumplan”.</i></p> <p>De conformidad a lo dispuesto en el artículo 7 inciso primero de la LPC, <i>“Los proveedores que desarrollen actividades de importación, producción, transformación, almacenamiento, transporte, distribución y comercialización de bienes y prestación de servicios deberán, para no arriesgar la vida, la salud, la seguridad de las personas y el medio ambiente, observar las normas legales, reglamentarias o</i></p>			

técnicas que se dictaren sobre la materia, así como facilitar el control, vigilancia e inspección de las autoridades competentes”.

En consonancia con lo anterior, el inciso tercero del artículo 27 de la LPC, dispone que: *“Las exigencias especiales se determinarán en las normativas de etiquetado, presentación y publicidad de los bienes o servicios, aplicables en cada caso, para garantizar el derecho de los consumidores a una información veraz, clara, completa y oportuna”*; y precisamente, en el caso de los productos preenvasados, el Reglamento Técnico Centroamericano de Etiquetado General de los Alimentos Previamente Envasados -RTCA 67.0.07:10- en su numeral 5.5.2 determina que: *“Para el caso de los productos importados, en la etiqueta debe incluirse el nombre y dirección del importador o distribuidor del alimento”*. Así mismo el Reglamento Técnico Centroamericano de Etiquetado Nutricional de Productos Alimenticios Preenvasados para el Consumo Humano para la Población a partir de 3 años de edad – en adelante RTCA 67.01.60:10–, en su numeral 5.2.5 determina que: *“Para la declaración del contenido de nutrientes se podrá utilizar como valores de referencia de los nutrientes los establecidos por FAO/OMS, o bien, cualquier otra referencia. Sin embargo, en todos los casos debe indicar, al pie de la información nutricional, la referencia utilizada, citando el nombre de la misma”*.

En congruencia con tales disposiciones, la distribución o comercialización de medicinas, alimentos, bebidas o cualquier otro producto perecedero, en cuyas etiquetas no se declara la dirección exacta del distribuidor y el nombre de referencia de los valores nutricionales utilizados realizado por un distribuidor o comercializador de bienes, se adecua a la conducta infractora descrita en el artículo 43 letra f) de la LPC, que literalmente dispone: *Son infracciones graves, las acciones u omisiones siguientes: f) Fabricar, importar, empacar, distribuir o comercializar bienes en los que no se cumplan las normas técnicas vigentes; así como comercializar servicios que no las cumplan.*

Partiendo de la anterior premisa, la conducta ilícita es, por consiguiente, en el presente caso: la distribución o comercialización de cualquier clase de productos o bienes, en cuyas etiquetas no se declara la dirección exacta del distribuidor y el nombre de referencia de los valores nutricionales utilizados.

IV. CONTESTACIÓN DE LAS PROVEEDORAS DENUNCIADAS

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 las proveedoras, quienes comparecieron conforme a las actuaciones que se detallan a continuación:

A. En fecha 25/11/2022, se recibió escrito (fs. 34 al 38), firmado por la licenciada , quienes actúan en calidad de apoderadas generales judiciales con cláusula especial de la proveedora OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V., por medio del cual contestó la audiencia conferida en resolución de las trece horas con cuarenta y siete minutos del día 25/10/2022,

expuso argumentos de defensa sobre los hechos atribuidos a su representada y agregó la documentación de fs. 39 al 50.

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

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

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

(iii) Así mismo, trae a mención el principio de proporcionalidad y determinación de la multa, señalando que debe existir una correspondencia entre la infracción cometida y la sanción a imponer, y cómo 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 con diversos proveedores, por lo cual trae a colación el análisis de proporcionalidad a aplicar por este Tribunal, señalando que lo que respecta a contenido neto, es mera obligación del fabricante, pues es quien elabora la etiqueta y el importador o distribuidor es quien determina que se cumpla con la normativa vigente, por lo cual los sujetos antes mencionados son los obligados a realizar dicha tarea, dado que el comercializador al recibirlo supervisa únicamente muestras por lote, pues revisar todos los productos es imposible y excesivamente oneroso. Finalmente señaló medios para recibir notificaciones.

B. Asimismo, resulta importante mencionar que se notificó en legal forma a la proveedora JFM, S.A. de C.V., para que, en el plazo otorgado por la ley, presentada en las oficinas de este Tribunal escrito con el cual expusiera sus argumentos y medios probatorios, sin embargo, a la fecha de esta resolución la proveedora no se ha pronunciado sobre la misma.

C. Ahora bien, sobre los argumentos presentados por las licenciadas este Tribunal hace las siguientes consideraciones:

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

Así, las infracciones de lesión exigen demostrar la lesión efectiva al bien jurídico tutelado; las de peligro concreto constituyen supuestos en los cuales se exige el peligro efectivo sufrido por una persona en específico; en las de peligro abstracto el legislador, atendiendo a la experiencia, advierte una peligrosidad general de la acción típica para un determinado bien jurídico, a partir de una valoración probabilística, por lo que con la tipificación se dispone adelantar la barrera de protección sancionando el accionar, sin esperar la realización de un peligro concreto de una persona determinada o de la lesión efectiva. (Sentencia definitiva del 15/05/2019, emitida en el proceso contencioso administrativo con referencia 301-2015).

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

2. Respecto al alegato relativo a que se debe de atribuir responsabilidad a los sujetos que evidentemente hubieran participado en la fabricación o envasado del producto, ya que estos poseen la obligación y la capacidad de incorporar en el etiquetado la información requerida por la LPC y las normativas pertinentes, es importante resaltar que aún y cuando el nombre del vendedor final no figure en la etiqueta de un producto, tal circunstancia no lo exonera de responsabilidad respecto a la obligación legal de verificar que el producto que comercializa cumpla con las normas técnicas vigentes.

La Sala de lo Contencioso Administrativo ha indicado en sentencia emitida a las catorce horas con cincuenta y dos minutos del quince de mayo de dos mil diecinueve, en el proceso de referencia 301-2015: *“que los fabricantes y productores, al formar parte del inicio de la cadena de consumo, son los que se encuentran en la mejor posición de conocer las características esenciales de cada producto. Se estimó además que, por su parte, los importadores y distribuidores de productos también tienen una labor esencial en el etiquetado de productos, puesto que deben realizar las adecuaciones necesarias a la viñeta de los mismos, según las regulaciones específicas para cada país”*.

Además, se razonó que, *en los consecuentes eslabones de la cadena de consumo, existen responsabilidades distintas que deben cumplir los demás proveedores en su calidad de comerciantes finales; por ello la responsabilidad de éstos se circunscribe a verificar que los productos que comercializan, cumplan con el etiquetado o envasado de productos en los términos que establece la ley y otras normas técnicas. Y, en caso que el productor o distribuidor no cumpla con los requisitos que deben cumplir los productos, los proveedores deben abstenerse a comprar, y lógicamente facilitar el consumo de estos al público*.

Es así que la responsabilidad de los comercializadores al menudeo, tienen la obligación de verificar y únicamente poner a disposición del consumidor aquellos productos que cumplan los requisitos legales, y normas técnicas, como las del etiquetado; así, en caso que los productos no cumplan con estas, el comerciante final debe abstenerse de comprar o efectuar las devoluciones oportunas, y connaturalmente no poner a disposición del consumidor este tipo de productos.

3. Respecto al alegato relativo a que debe existir una correspondencia entre la infracción cometida y la sanción a imponer, por lo que este Tribunal debe tomar en cuenta el principio de proporcionalidad al momento de determinar la multa que se imponga, con base al artículo 49 de la LPC, es importante resaltar que los parámetros que debe analizar este Tribunal a efectos de una eventual multa están dados por ley; asimismo, en diversas resoluciones este colegiado, aparte de esbozar los mismos, ha utilizado fundamentos jurisprudenciales y doctrinarios.

En ese sentido, este Tribunal, en razón del principio de legalidad, está sometido no solamente a los parámetros –y por ende el desglose de éstos en sus resoluciones– consignado en el artículo 49 de la LPC –en lo aplicable–, sino también a los pisos y techos de multas que la misma determina.

Ahora bien, en el presente caso, y de llegarse a establecer el cometimiento de la infracción, todo ello será analizado y aplicado oportunamente en esta resolución.

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

V. VALORACIÓN DE PRUEBA/HECHOS PROBADOS

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

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

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

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

- a) Acta de inspección DVM-EG/129/20 de fecha 19/08/2020—fs. 7 al 8— e Informe de inspección de etiquetado general de Jarabe de Maple (tabla 3 hallazgo 2), —fs. 22 al 24—, por medio de los cuales se establece que la DC realizó inspección en el establecimiento *“Walmart Santa Elena”* propiedad de la proveedora OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V., sobre productos distribuidos por la proveedora JFM, S.A. de C.V., así como el hallazgo de 7 productos, denominados Bebida de coco. Coco. Bebida de coco, marca OKF, contenido neto declarado 16.9 FL. OZ. (500 ml), **que estaban siendo ofrecidos a los consumidores y en los cuales no se declara la dirección exacta del distribuidor**, según lo dispuesto en el artículo 5.5.2 del RTCA 67.01.07:10.
- b) Acta de inspección DVM-EN/129/20 de fecha 19/08/2020—fs. 15 — e Informe de Inspección de Etiquetado Nutricional de Jarabe de Maple (tabla 3, hallazgo 2), —fs. 25 al 27—, por medio de los cuales se establece que la DC realizó inspección en el establecimiento *“Walmart Santa Elena”* propiedad de la proveedora OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V., sobre productos distribuidos por la proveedora JFM, S.A. de C.V., así como el hallazgo de 7 productos, denominados Bebida de coco. Coco. Bebida de coco, marca OKF, contenido neto declarado 16.9 FL. OZ. (500 ml), **que estaban siendo ofrecidos a los consumidores y en la etiqueta no se declara el nombre de referencia de los valores nutricionales utilizados**; según lo dispuesto en el artículo 5.2.5 del RTCA 67.01.60:10.
- c) Impresiones de fotografías vinculadas con el acta de inspección No. DVM-EG/129/20 (fs. 9 al 14) y fotografías vinculadas con el acta de inspección No. DVM-EN/129/20 (fs. 16 al 21) con las que se establece la presentación de los productos objeto del hallazgo.

Respecto a la documentación, se advierte que las denunciadas no pudieron 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, este Tribunal establece que existe prueba suficiente para determinar que las proveedoras OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V. y JFM, S.A. de C.V., comercializaron, distribuyeron, respectivamente, 7 unidades de producto alimenticio ("Bebida de coco. Coco. Bebida de coco"), en cuyas etiquetas no se designó: (i) la dirección exacta del distribuidor; según lo dispuesto en el artículo 5.5.2 del RTCA 67.01.07:10. ii) La etiqueta del mismo no declara el nombre de referencia de los valores nutricionales utilizados, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5.2.5 del RTCA 67.01.60:10, según el siguiente detalle:

Acta	Producto	Cantidad Unidades	No expresaba en su etiqueta
DVM-EG/129/20	Bebida de coco. Coco. Bebida de coco, con una cantidad nominal de Contenido Neto 16.9 FL OZ (500 ml)	7	la dirección exacta del distribuidor
DVM-EN/129/20	Bebida de coco. Coco. Bebida de coco, con una cantidad nominal de Contenido Neto 16.9 FL OZ (500 ml)	7	La etiqueta del mismo no declara el nombre de referencia de los valores nutricionales utilizados

En ese sentido, este Tribunal se ha pronunciado en varias ocasiones, respecto a que la conducta ilícita en mención se materializa por el hecho de distribuir o comercializar bienes en los que no se cumplan las normas técnicas vigentes.

Partiendo de la anterior premisa, el hecho ilícito tiene lugar cuando dentro de esa variedad de bienes que se importan, distribuyen o comercializan, se encuentran productos cuyas etiquetas no cumplen con las exigencias especiales que se determinan en las normativas técnicas de etiquetado.

Por otra parte, y de conformidad a 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 a lo señalado en el artículo 947 del C. Com, relativo a que: "*Las obligaciones mercantiles deben cumplirse con la diligencia de un buen comerciante en negocio propio*", este Tribunal concluye, que en el presente caso las denunciadas actuaron de manera negligente en la gestión de su negocio, ya que OPERADORA DEL

RA

7

7

SUR, S.A. de C.V. como propietaria del establecimiento tenía la obligación principal de verificar y únicamente poner a disposición del consumidor aquellos productos que cumplan los requisitos y condiciones exigidas por la ley para su comercialización, lo cual no hizo, al ofrecer un total de 7 productos cuyas etiquetas no cumplieran con las exigencias especiales que se determinan en las normativas técnicas de etiquetado, poniendo en riesgo potencial el derecho a la información y la salud de los consumidores, en este punto es conveniente mencionar, que aunque la elaboración de la etiqueta del producto son actividades sumamente técnicas sobre los cuales los comercializadores finales no podrían tener ninguna responsabilidad total, puesto que son totalmente ajenos al proceso de fabricación o elaboración del producto; se reitera que existe una responsabilidad parcial y por ello diligencia debida en los proveedores a que, al momento de comprar los productos que ofrecerá al público, se aseguren que los mismos cumplan con las normas técnicas vigentes, y, posteriormente, al momento de ubicar en los estantes tales productos cumplan con los requisitos legales; asimismo, la sociedad JFM, S.A. de C.V., como distribuidora de los productos, también tenía la obligación de verificar los mismos y únicamente distribuir aquellos productos que cumplieran los requisitos y condiciones exigidas por la ley, lo cual no hizo, al distribuir un total de 7 productos cuyas etiquetas no cumplieran con las exigencias especiales que se determinan en las normativas técnicas de etiquetado, poniendo en riesgo potencial el derecho a la información y la salud de los consumidores.

En consecuencia, este Tribunal concluye que existe responsabilidad de las proveedoras por la comisión de la infracción que se les imputa y efectivamente se configura el ilícito establecido en el artículo 43 letra f) de la LPC, resultando procedente imponer las sanciones respectivas, conforme al artículo 46 de la misma ley.

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 «[c]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 las proveedoras denunciadas, 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 proveedoras que se dedican a la distribución y comercialización de productos y teniendo el conocimiento de las consecuencias jurídicas que ésta conlleva, se denota que el actuar de las proveedoras OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V., y JFM, S.A. de C.V., ha sido de manera negligente, al distribuir y poner a disposición de los consumidores productos que no cumplen con la normativa técnica vigente.

VII. PARÁMETROS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

Como se expuso en los acápites precedentes, se estableció la comisión de la infracción grave contenida en el artículo 43 letra f) de la LPC, la que se sanciona con multa hasta de doscientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria, artículo 46 LPC; por consiguiente, es facultad de este Tribunal

determinar las sanciones que correspondan, a la luz de los parámetros establecidos en la LPC, su reglamento y la jurisprudencia aplicable.

Así, el artículo 49 de la LPC establece los criterios para la determinación de la multa, siendo estos: tamaño de la empresa, el impacto en los derechos del consumidor, la naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores, el grado de intencionalidad del infractor, el grado de participación en la acción u omisión, cobro indebido realizado y las circunstancias en que ésta se cometa, la reincidencia o incumplimiento reiterado, según sea el caso.

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

a. Tamaño de la empresa.

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

A partir de la documentación financiera presentada por la proveedora OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V. en el disco compacto de fs. 50, consistente en formularios de declaración del impuesto sobre la renta y contribución especial del ejercicio fiscal de los años 2020 y 2021; se tomará en cuenta, la declaración del impuesto sobre la renta y contribución especial del año 2020, por ser el año en el que ocurrieron los hechos de la infracción, comprobando que, en el referido año, la proveedora tuvo un total de ingresos por la cantidad de \$778,360,506.76 dólares de los Estados Unidos de América.

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

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

Ahora bien, en relación JFM, S.A. DE C.V., no es posible encajar a la proveedora, 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. 28-29). 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.

No obstante, pese a que este Tribunal se ve impedido de computar y clasificar a la proveedora según los parámetros establecidos en el artículo 3 de la Ley MYPE, siempre debe cumplir su deber de resolver conforme a los principios que rigen el *ius puniendi*; por tanto, deberá hacer el cálculo de la sanción que corresponda a la infracción, sin obviar que la proveedora es una persona jurídica y que esa condición es relevante, pues por mandato legal está constreñida especialmente al cumplimiento de obligaciones tributarias y de algunas otras específicas para los comerciantes sociales, como la relacionada al depósito de sus estados financieros en el Registro de Comercio. Lo anterior, pone de manifiesto la vinculación existente entre las obligaciones legales de la proveedora y la documentación que fue requerida pero no presentó.

Por tanto, con el objeto de cumplir su obligación de resolver, se consultó el listado de contribuyentes publicado por la Dirección de Impuestos internos del Ministerio de Hacienda actualizada al 08/06/2021, mediante el cual la proveedora se encuentra clasificada como una *mediana contribuyente*.

b. Grado de intencionalidad del infractor.

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

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

OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V. y JFM, S.A. de C.V., por no haber atendido con la debida diligencia sus negocios, incumpliendo sus obligaciones como comerciantes.

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 las proveedoras, es individual, pues se acreditó: (1) que en el establecimiento propiedad de la proveedora OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V., —“Walmart Santa Elena”, el día 19/08/2020, en productos distribuidos por la proveedora JFM, S.A. de C.V.— se puso a disposición de los consumidores 7 unidades de producto alimenticio (Bebida de coco. Coco. Bebida de coco), marca OKF, contenido neto declarado Net Weight 16.9 FL. OZ (500 ml), que estaban siendo ofrecidos a los consumidores y en cuyas etiquetas no se declara la dirección exacta del distribuidor según lo dispuesto en el artículo 5.5.2 del RTCA 67.01.07:10 y en la etiqueta no se declara el nombre de referencia de los valores nutricionales utilizados según el artículo 5.2.5 del RTCA 67.01.60:10.

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

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

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

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

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

En este orden de ideas, y tomando en cuenta la jurisprudencia antes referida, se puede afirmar que para imponer las sanciones respectivas en el presente caso y, además, para graduar las mismas, (a) no es necesario comprobar ni justificar una afectación concreta y material en la esfera de los consumidores; (b) ni que existan denuncias de personas que hubiesen adquirido los bienes ofrecidos y distribuidos por las proveedoras, que resultaron con incumplimiento.

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

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

Así, para el caso que nos ocupa, de la lectura del Acta de Inspección e Impresiones de fotografías (fs. 9 al 14) y (fs. 16 al 21) con las que se establece la presentación de los productos objeto del hallazgo y el precio de los mismos, se observó lo siguiente:

Acta	Establecimiento	Producto	Acta de Inspección	Precio ofrecido al público	Foto	Total, beneficio potencial de concretarse la venta
DVM-EG/129/20	Walmart Santa Elena	Bebida de coco. Coco. Bebida de coco, marca OKF con una cantidad nominal de Contenido Neto 16.9 FL OZ (500 ml)	19/08/2020 (fs. 7 al 8)	\$1.79	Fs. 9 al 14	\$12.53
DVM-EN/129/20	Walmart Santa Elena	Bebida de coco. Coco. Bebida de coco, marca OKF con una cantidad nominal de Contenido Neto 16.9 FL OZ (500 ml)	19/08/2020 (fs. 15)	\$1.79	Fs. 16 al 21	\$12.53

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

Cabe precisar entonces que, en el caso de mérito, las multas a imponer tomarán en cuenta no solo la cuantía del posible beneficio ilícito que obtendrían las proveedoras en el caso de que efectivamente hubieran vendido los productos objeto de hallazgo, el cual ascendería a la cantidad total de \$12.53 dólares aproximadamente, sino que también se calcularán las multas considerando el perjuicio potencial causado por la comisión de la infracción.

En tal sentido, conforme a lo expuesto en el romano VI de la presente resolución, a partir de las inspecciones realizadas por la DC, se comprobó que las proveedoras distribuyeron y comercializaron *-en el establecimiento propiedad de la proveedora OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V.* productos en cuyas etiquetas no se declara la dirección exacta del distribuidor y no se declara el nombre de referencia de los valores nutricionales utilizados; incumpliendo lo dispuesto en los artículos 5.5.2 del RTCA 67.01.07:10 y 5.2.5 del RTCA 67.01.60:10.

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

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

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

Mediante las multas impuestas, este Tribunal Sancionador pretende disuadir a las infractoras OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V. y JFM, S.A. de C.V., que han cometido la infracción descrita en el artículo 43 letra f) de la LPC, con el fin de evitar futuras conductas prohibidas en detrimento de los consumidores y que adopten las medidas necesarias a efecto de dar cumplimiento a las obligaciones que les 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 distribuir, importar y comercializar productos que sean óptimos para el consumo, situación que no consta acreditada en el presente caso, con el fin de salvaguardar el interés general.

VIII. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA MULTA

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

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

Para tal efecto, respecto al tamaño de empresa, se ha considerado a las proveedoras como empresas de *tamaño grande y mediana*, 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 las multas en razón del grado de intencionalidad de la conducta cometida, ya que para el caso no se acreditó el dolo, sino *negligencia*. También se tomó en cuenta que el beneficio potencial que pudieron obtener las proveedoras fue *mínimo*, en caso de haberse concretado la venta del producto objeto de hallazgo, el cual ascendería a la cantidad total de \$12.53 dólares aproximadamente; no obstante lo anterior, tal como se señaló en la letra e. del romano VII de esta resolución, se tomó en cuenta el perjuicio potencial de las conductas realizadas por las proveedoras, las cuales han sido catalogadas como *graves*, ya que, las mismas fueron verificadas *en el mismo establecimiento*, poniendo en riesgo no solo el derecho a la información de los consumidores; sino que, además, los derechos a la vida y la salud.

Por consiguiente, y conforme al análisis antes expuesto, en aplicación de los principios de disuasión, proporcionalidad y racionalidad, que deben sustentar la imposición de la sanción, es procedente imponer a las proveedoras:

a) OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V. una multa de: TRES MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO DÓLARES CON VEINTIÚN CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$3,954.21), equivalentes a trece meses de salario mínimo mensual urbano en la industria, por la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra f) de la LPC, en relación al artículo 7 inciso primero y 27 inciso tercero de la LPC, y los artículos 5.5.2 del RTCA 67.01.07:10 y 5.2.5 del RTCA 67.01.60:10 por comercializar productos que no cumplen la normativa técnica vigente, al encontrarse a disposición de los consumidores productos en los cuales i) no se declara la dirección exacta del distribuidor, ii) no se declara el nombre de referencia de los valores nutricionales utilizados.

b) JFM, S.A. de C.V., una multa de: CUATRO MIL QUINIENTOS SESENTA Y DOS DOLARES CON CINCUENTA Y CINCO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$4,562.55), equivalentes a quince meses de salario mínimo mensual urbano en la industria, por la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra f) de la LPC, en relación al artículo 7 inciso primero y 27 inciso tercero de la LPC, y los artículos 5.5.2 del RTCA 67.01.07:10 y 5.2.5 del RTCA 67.01.60:10 por distribuir productos que no cumplen la normativa técnica vigente, al encontrarse a disposición de los consumidores productos en los cuales i) no se declara la dirección exacta del distribuidor, ii) no se declara el nombre de referencia de los valores nutricionales utilizados.

Establecido lo anterior, es menester señalar que cada una de las multas impuestas representan el 6.5% y 7.5% respectivamente, dentro del margen máximo estipulado por ley como consecuencia de la comisión de tal infracción —doscientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria—, siendo a juicio de este Tribunal, proporcional a la gravedad que comportan los hechos denunciados según las circunstancias objetivas y subjetivas previamente analizadas.

IX. DECISIÓN

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

a) *Téngase por agregado* el escrito presentado por la licenciada.

asi como la documentación que consta agregada de fs. 39 al 50. *Dése intervención* a la proveedora OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V., por medio de sus apoderadas generales judiciales y *téngase por contestada* la audiencia conferida a la referida proveedora, en los términos relacionados en la presente resolución.

b) *Sanciónese* a la proveedora OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V., con la cantidad de **TRES MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO DÓLARES CON VEINTIÚN CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$3,954.21)**, equivalentes a trece meses de salario mínimo mensual urbano en la industria—D.E. N° 6 del 21/12/2017, publicado en el D.O. N° 240, tomo 417 del 22/12/2017—, por la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra f) de la LPC, en relación al artículo 7 inciso primero y 27 inciso tercero de la LPC, y los artículos 5.5.2 del RTCA 67.01.07:10 y el 5.2.5 del RTCA 67.01.60:10, conforme al análisis expuesto en la presente resolución y con fundamento en las disposiciones legales precitadas.

c) *Sanciónese* a la proveedora JFM, S.A. de C.V., con la cantidad de **CUATRO MIL QUINIENTOS SESENTA Y DOS DOLARES CON CINCUENTA Y CINCO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$4,562.55)** equivalentes a quince

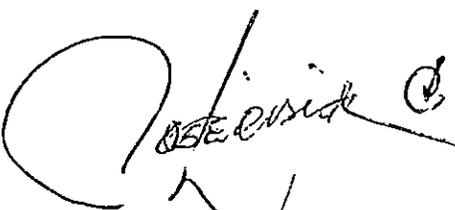
meses de salario mínimo mensual urbano en la industria—D.E. N° 6 del 21/12/2017, publicado en el D.O. N° 240, tomo 417 del 22/12/2017—, por la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra f) de la LPC, en relación al artículo 7 inciso primero y 27 inciso tercero de la LPC, y los artículos 5.5.2 del RTCA 67.01.07:10 y el 5.2.5 del RTCA 67.01.60:10, conforme al análisis expuesto en la presente resolución y con fundamento en las disposiciones legales precitadas.

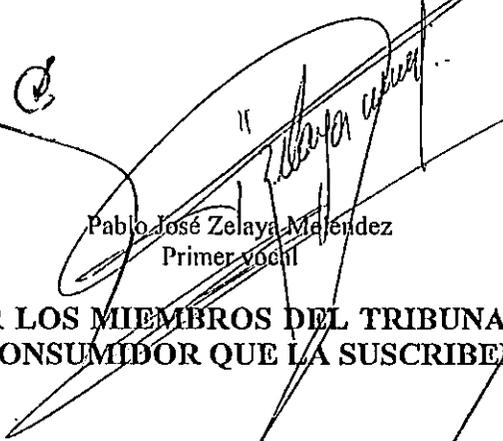
Dichas multas deben hacerse efectivas en la Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda, **dentro de los diez días hábiles siguientes al de la notificación de esta resolución**, debiendo comprobar a este Tribunal su cumplimiento dentro del plazo indicado; caso contrario, la Secretaría de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

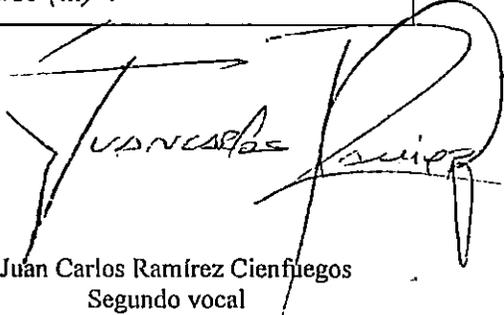
- d) Además, *tome nota* la Secretaría de este Tribunal de los medios señalados por las apoderadas de la proveedora OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V. para recibir actos de comunicación; así como de las personas comisionadas para tal efecto.
- e) *Notifíquese.*

INFORMACIÓN SOBRE RECURSO

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

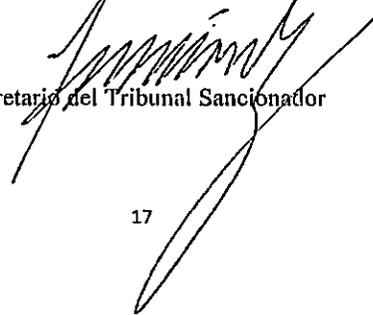

José Leoistek Castro
Presidente


Pablo José Zelaya Meléndez
Primer vocal


Juan Carlos Ramírez Cienfuegos
Segundo vocal

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

RJ/AMC


Secretario del Tribunal Sancionador