

108-15

TRIBUNAL SANCIONADOR DE LA DEFENSORÍA DEL CONSUMIDOR: Antiguo Cuscatlán, departamento de La Libertad, a las trece horas con cincuenta minutos del veinticuatro de mayo de dos mil diecisiete.

El presente procedimiento simplificado administrativo sancionador, ha sido promovido ante este Tribunal en virtud de la denuncia interpuesta por la Presidencia de la Defensoría del Consumidor, en aplicación del artículo 143 letra d) de la Ley de Protección al Consumidor –en adelante LPC–, contra el proveedor _____, propietario del establecimiento denominado “ _____”, ubicado dentro de la estación de servicio

_____ ; por posible incumplimiento a la obligación establecida en el artículo 14 de la LPC.

II. Los hechos atribuidos al referido proveedor consisten en poner a disposición de los consumidores productos vencidos, lo cual constituye infracción a lo establecido en el artículo 44 letra a) de la LPC.

La Presidencia de la Defensoría del Consumidor basó su denuncia en el acta de inspección número dos mil ciento dieciocho, de fecha cinco de noviembre de dos mil catorce, y anexos que constan en el presente expediente.

III. En el ejercicio del derecho de defensa de su mandante, el licenciado

_____, contestó la audiencia en sentido negativo, mediante escrito de folios 12 y 13, en el cual manifestó, en esencia, que no se puede determinar la responsabilidad de su representado solo por una relación de causalidad, ya que para que exista una falta muy grave, deben cumplirse los presupuestos necesarios que demuestren que el acto fue ejecutado con dolo o culpa, y es que, de conformidad al principio de presunción de inocencia regulado en el artículo 12 de la Constitución de la República, se excluye la posibilidad de imponer penas o sanciones sobre la base de criterios de responsabilidad objetiva, pues el dolo y la culpa constituyen un elemento básico de la infracción.

Como parte de las argumentaciones de descargo se detalló el protocolo de manejo de productos comestibles que se sigue en el establecimiento de su mandante, según el cual las revisiones de productos se realizan por el encargado de la tienda o por la persona designada por aquél, del día veinte al veinticinco de cada mes, señalando que cuando se encuentra producto vencido, éste se separa de los óptimos dentro del mismo estante, para su revisión por los superiores de la tienda, inventario y posterior resguardo en el área de preparación de alimentos. Respecto de este proceso de separación de productos vencidos, aclaró que la tienda objeto de inspección, posee un alto flujo de clientes, y que, a pesar de la revisión preliminar que el encargado de la tienda, supervisor o auxiliar contable realizan respecto de productos vencidos, se

implementa un último filtro, que consiste en verificar en el área de caja de la estación de servicio -previo a ejecutar la venta-, el precio, cantidad y fecha de vencimiento, espacio donde se coloca -frente a la pantalla que marca las salidas del producto-, un cartel con la leyenda "Revisar vencimiento de producto antes de despachar al público", lo cual impide la comercialización de productos vencidos; por lo que, los productos objeto del hallazgo no hubiesen sido adquiridos por ningún consumidor, ya que el último filtro garantiza la afectación mínima en caso de existir en los estantes, góndolas productos con alguna anomalía.

Finalmente, acotó que en el acta de inspección se ha hecho constar que en el establecimiento objeto de inspección se encontraron productos vencidos debidamente separados y apartados de los productos puestos a disposición de los clientes, situación que denota una clara intención de resguardar los derechos de los consumidores; asimismo, indicó que el hallazgo de productos vencidos, se debió a una omisión de los encargados de la tienda, además de subrayar que se trató de una cantidad mínima de producto vencido, ofreciendo prueba documental -la cual no fue agregada ni presentada por el apoderado del proveedor- y testimonial de descargo, cuyas deposiciones constan a folios 38 y 39.

IV. El artículo 14 de la LPC, establece que: *"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.* En ese orden, el artículo 44 de la LPC, determina que: "Son infracciones muy graves, las acciones u omisiones siguientes: a) *Ofrecer al consumidor bienes o productos vencidos o cuya masa, volumen y cualquier otra medida especificada en los mismos se encuentre alterada, así como el incumplimiento de los requisitos de etiquetado de productos de acuerdo a lo que establece el Art. 28 de esta misma ley*".

V. Con respecto a la prueba presentada, 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". De lo anterior, se concluye que el acta de inspección de la Defensoría del Consumidor goza de *presunción de certeza*, lo cual ha sido reconocido expresamente por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, mediante la sentencia definitiva emitida en el proceso referencia 130-2006, pues por medio de la misma se ha dado fe de la situación en que fueron encontrados ciertos bienes. Además, reconoce

que dicha presunción puede ser desvirtuada con prueba idónea en contrario, que demuestre inconsistencias en la misma.

Respecto de la prueba testimonial, la señora _____ declaró: que sus funciones como asistente administrativo contable, son de asistencia al gerente general, manejo de área contable, operaciones de la tienda _____ y de la pista; que en la tienda sus funciones son específicamente la asignación de horarios, manejo de planilla y las áreas de administración (revisión de productos, asignación de tareas de los empleados de la tienda); que labora para el proveedor desde hace dos años tres meses; que la revisión física consiste en verificar la fecha de vencimiento, las viñetas de precio sugerido, la tabla nutricional de cada producto, el orden de ellos, lo cual realiza una vez al mes después del día veinte de cada mes; que el otro control se realiza cuando el cliente compra el producto, el sistema lo descarga del inventario, y verifica la fecha de vencimiento de cada producto previo a entregarlo en caja; que el sistema que utilizan se denomina *Exactus*, y se tiene instalado desde hace dos años; que dicho sistema reconoce la fecha de caducidad al momento de pasarlo por el escáner y genera una alerta, descartando el producto para que no se entregue al cliente y finalmente, se lleva a un área específica para el posterior cambio con el proveedor; que no es posible documentar el hallazgo detectado por el sistema, pero que se imprime en el *ticket* de caja la leyenda producto vencido, el cual se adhiere en el producto para llevarlo a cambio del proveedor; que el margen de error del sistema es del uno por ciento; que los productos que no están en caja registradora, se retiran de estantes y bodega y se llevan a un área específica de productos vencido para cambio de proveedores; que no estaba presente porque en la fecha de inspección no fungía como encargada de tienda.

Del mismo modo, el señor _____, manifestó: que sus funciones como auxiliar de tienda son realizar cobros en caja, limpieza, relleno de góndolas, cuarto frío, revisión de fechas de vencimiento; que labora desde hace tres años y un mes; que revisa todos los productos: comida rápida, bebidas, jugos, boquitas, galletas; que siempre participa de la revisión de los productos de larga y corta duración que entran a la tienda, actividad que realizan una vez por mes, entre el veinte y veinticinco de cada mes, fecha en la cual realizan una anotación de observaciones; que cuando encuentran un producto próximo a vencer este se separa, para que el encargado lo retire y se entregue al proveedor para cambio; en otros casos si el producto ya está vencido, el último control es en caja registradora al momento de realizar el cobro, el producto se le retiene al cliente y queda fuera del área de inventario; que ellos revisan el producto antes de escanearlo en caja registradora; que no ocupan un sistema para verificar en caja el vencimiento de

los productos; que se encontraba presente el día de la inspección y que verificó los productos objeto del hallazgo; que el hallazgo fue en un área que no estaba asignada a su persona y que estaba próximo a vencer, por lo que el encargado esperaría hasta el anote mensual, pero el producto venció antes; que del procedimiento antes referido, puede comprobar que el producto no hubiese sido vendido, porque al escanearlo en caja, hubiesen detectado que se trataba de un producto vencido, y en ese mismo momento se retira y se lleva al área específica de productos vencidos.

Tomando en consideración lo antes expuesto, corresponde analizar los hechos probados con el acta levantada por los delegados de la Defensoría del Consumidor y las deposiciones testimoniales antes referidas.

En relación a la deposición de la señora _____, este Tribunal advierte que su testimonio es referencial, ya que no estuvo presente el día que los delegados de la Defensoría del Consumidor realizaron la inspección al establecimiento denominado _____ ubicado dentro de la estación de servicio _____ desconociéndose los medios a través de los cuales tuvo conocimiento de los hechos y demás circunstancias relacionadas con el mismo.

Al respecto, el artículo 357 del Código Procesal Civil y Mercantil, de aplicación supletoria en el presente procedimiento sancionador – artículo 167 LPC- establece que: *"El testigo siempre deberá dar razón de su dicho, con explicación de las formas y circunstancias por las que obtuvo conocimiento sobre los hechos. No hará fe la declaración de un testigo que no tenga conocimiento personal sobre los hechos objeto de la prueba o cuando los hubiera conocido por la declaración de un tercero."*(El resaltado es nuestro).

En ese sentido, el testimonio de la señora _____ no merece fe, debido a que no estuvo presente durante la inspección realizada en el establecimiento, y su deposición, se limitó a exponer en general el protocolo de manejo de producto vencido utilizado por el proveedor para el control y revisión de las fechas de caducidad de los productos que comercializa, además de exponer las funciones principales del sistema que utiliza a efectos de detectar la fecha de caducidad de los productos al momento de escanearlos en caja registradora, información que únicamente ilustra al Tribunal sobre la estructura y procesos de control y revisión de las fechas de caducidad de los productos que manejan dentro de la tienda propiedad del proveedor.

Por otra parte, este Tribunal advierte falta de congruencia en la deposición del señor _____ respecto de la existencia o no del sistema *-Exactus-* al que hizo referencia la señora _____ por cuanto, en un primer momento manifestó que el personal se encarga de revisar la fecha de vencimiento de los productos previo a escanearlos, acotando que el

proveedor no utiliza ningún sistema para verificar en caja registradora el vencimiento de los mismos; no obstante, a preguntas de este Tribunal, indicó que los productos vencidos no hubiesen sido vendidos al consumidor porque al escanearlo en caja se hubiese detectado que se trataba de un producto vencido, lo que genera duda razonable respecto del procedimiento utilizado, sumado que la deposición testimonial no es prueba idónea para determinar la existencia y funcionamiento del sistema.

Aunado a lo anterior, lo manifestado por el señor [redacted] no refuta lo consignado en el acta de inspección, ya que no permite establecer que —al momento en que se realizó la inspección— los productos objeto del hallazgo se encontraban separados y debidamente identificados, como el resto de productos vencidos que estaban colocados en cajas de cartón dentro del mueble asignado como área de productos vencidos, los cuales no fueron objeto de inspección conforme a lo consignado en el acta de folios 4. Máxime cuando la señora [redacted]

en calidad de supervisora del establecimiento, en el momento de destrucción de los productos inspeccionados, literalmente expuso que el hallazgo se debió: *“por un descuido involuntario de parte de la persona encargada de verificar fechas”*, lo cual a su vez, fue reconocido por el apoderado del proveedor en sus argumentos de defensa.

Ahora bien, mediante el anexo uno denominado Formulario para Inspección de Fecha de Vencimiento —folio 5—, ha quedado establecido que en el establecimiento inspeccionado se ofrecían a los consumidores seis unidades de bebidas sin azúcar con taurina y cafeína marca

con posterioridad a su fecha de vencimiento, las cuales se encontraban dentro de la cámara refrigerante ubicada en la sala de venta, acción que constituye una infracción al artículo 44 letra a) de la LPC.

Así, de la valoración de los hechos probados en el presente procedimiento, se ha acreditado que el proveedor denunciado no retiró los productos vencidos objeto del hallazgo del resto que está apto para la venta, tal como hizo con los demás productos vencidos que según el acta de mérito sí estaban apartados y no fueron objeto de inspección.

En ese sentido, por no constar en el expediente otra prueba que acredite lo contrario, se tiene por cierto lo consignado en el acta de inspección, siendo procedente la imposición de la sanción establecida en los términos indicados en el artículo 47 de la LPC, en virtud de la responsabilidad que posee por ofrecer productos con posterioridad a su fecha de vencimiento.

En ese orden, respecto del grado de intencionalidad con el que ha actuado el proveedor, es necesario tener presente que para la imposición de una sanción por infracción de un precepto administrativo, es indispensable que el sujeto haya 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.

Es necesario tener presente que el proveedor incumplió lo dispuesto en el artículo 14 de la LPC, actuando con conocimiento de las obligaciones que le impone la LPC; pues, según consta en la referida acta, la señora _____ manifestó a los delegados de la Defensoría que sí tenían productos vencidos debidamente separados y rotulados para cambio o devolución de su proveedor, los cuales se encontraban en una caja de cartón en el área de vencidos. Por lo que ha quedado demostrado en el presente caso, que el proveedor señor _____ incurrió en la infracción al artículo 44 letra a) de la LPC, por ofrecer productos con posterioridad a su fecha de vencimiento

V. Por tanto, habiéndose comprobado fehacientemente que el proveedor _____ cometió la infracción al artículo 44 letra a) de la LPC, es *procedente la imposición de la sanción prevista según los parámetros establecidos en la ley en mención.*

Para ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la LPC, podrá tomarse en cuenta los siguientes criterios: el tamaño de la empresa, el impacto en los derechos del consumidor, la naturaleza del perjuicio ocasionado, el grado de intencionalidad –dolo o culpa– con la que procedió el infractor, la reincidencia o incumplimiento reiterado, entre otros.

En atención a lo expuesto, debe considerarse que el proveedor es propietario del establecimiento inspeccionado _____ ubicado dentro de la estación de servicio _____ y que por la actividad económica que realiza, esto es poner a disposición de los consumidores una serie de bienes para su adquisición, es imperioso que dicho proveedor atienda las obligaciones y prohibiciones contenidas en la LPC, con el objeto de garantizar un servicio confiable y de calidad.

Por otra parte, si bien no se ha comprobado daño a la salud de forma concreta en una persona particular, se ha valorado el menoscabo de la colectividad de los consumidores de forma potencial, por ofrecer seis unidades de bebida sin azúcar con taurina y cafeína marca _____ con posterioridad a su fecha de vencimiento en un rango de siete días de caducados. Además, como se señaló anteriormente, el proveedor decidió intencionalmente no atender las obligaciones que la ley le exige.

Finalmente, es importante resaltar que a pesar que la cantidad de producto con incumplimiento es mínima, este Tribunal ha sostenido que, independientemente del número de productos en los que se observe algún incumplimiento a la LPC, la infracción se produce. En este caso, al verificarse la inobservancia a lo previsto en el artículo 14 de la LPC, esto es, al poner a

disposición de los consumidores productos con posterioridad a su fecha de caducidad, el proveedor atentó contra los derechos a la salud de los consumidores, sobre todo por la naturaleza del establecimiento, en el cual por ser una tienda de conveniencia los productos reflejan un costo superior a la de una tienda tradicional por las compras rápidas que realizan los consumidores.

VI. Por tanto, sobre la base de lo anteriormente expuesto y con fundamento en los artículos 101 inciso segundo, 11 y 14 de la Constitución de la República; 8.1 y 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; 14, 40, 44 letra a), 47, 83 letra b), 144 y siguientes de la Ley de Protección al Consumidor, este Tribunal resuelve:

a) Sancionar al proveedor con la cantidad de QUINIENTOS NOVENTA Y DOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON CINCUENTA CENTAVOS DE DÓLAR (\$592.50), *equivalentes a dos meses y quince días de salario mínimo en la industria (Decreto Ejecutivo número 104, Diario oficial número 119, tomo 400 del 01 de julio de 2013)*, en concepto de multa por la infracción al artículo 44 letra a) de la LPC, por ofrecer bienes vencidos.

Dicha multa deberá hacerse efectiva en la Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda, *dentro de los diez días siguientes al de la notificación de esta resolución*, debiendo comprobar a este Tribunal su cumplimiento dentro del plazo indicado; caso contrario, *se certificará a la Fiscalía General de la República para su ejecución forzosa.*

b) Notificar esta resolución a las partes intervinientes.

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

