	<p style="text-align: center;"><b>TRIBUNAL SANCIONADOR</b></p>	<p>Fecha: 16/11/2022. Hora: 13:53 Lugar: San Salvador.</p>	<p>Referencia: 1057-21.</p>
<b>RESOLUCIÓN FINAL</b>			
<b>I. INTERVINIENTES</b>			
Denunciante:	Presidencia de la Defensoría del Consumidor –en adelante la Presidencia-.		
Proveedora denunciada:	OPERADORA DEL SUR, 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 —en adelante LPC—, el 29/08/2020 practicó inspección en los establecimientos denominados “<i>Dispensa Familiar Santa Ana Colón</i>” y “<i>Dispensa de Don Juan Santa Ana Palmar</i>”, ambos ubicados en el departamento de Santa Ana, propiedad de la proveedora denunciada OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V. Como resultado de la diligencia realizada se levantaron las actas correspondientes (fs. 3 y 9), en las cuales se documentaron 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 las referidas actas, denominado “Formulario para Inspección de Fechas de Vencimiento” (fs. 4 y 10), en donde se detallan productos que la proveedora tenía a disposición de los consumidores 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. 15 al 17), 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 «<i>ofrecer</i>» 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>Se siguió el procedimiento consignado en el artículo 144-A de la LPC, respetando la garantía de audiencia y el derecho de defensa de OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V., en su calidad de proveedora denunciada en este procedimiento administrativo sancionatorio, pues en la resolución que antecede (fs. 15 al 17), en la que se ordenó el inicio del mismo, se le otorgó el plazo de cinco días hábiles contados desde el siguiente día de su correspondiente notificación, para incorporar por escrito sus argumentos de defensa y presentar o proponer la práctica de los medios</p>			

probatorios que estimara convenientes. Tal notificación se realizó en fecha 17/08/2022, de conformidad a lo consignado en la respectiva acta incorporada a fs. 18.

Al respecto, el día 24/08/2022 se recibió en este Tribunal, escrito firmado por el licenciado

(fs. 21 al 25), en su calidad de apoderado general judicial de OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V., manifestando lo siguiente: (i) Respecto a la prueba sobre la cual este Tribunal ha iniciado el presente procedimiento sancionatorio simplificado, específicamente a la impresión de fotografías agregadas al acta de inspección, señala que fuera de una impresión no existe ninguna en la que se pueda apreciar que la fecha de vencimiento es posterior a la fecha de realización de la inspección, ya que ahí es donde se podría apreciar si realmente los productos estaban vencidos, y en el caso de las actas no se establece en que lugar se encontraron los productos objeto del presente procedimiento.

(ii) Sobre el incumplimiento al RTCA 67.04.50:17, el Tribunal Sancionador utilizó el sistema de responsabilidad objetiva en materia administrativa, el cual no puede ni debe ser aplicado toda vez que dicho sistema prescinde de la existencia de culpa o dolo, bastando simplemente probar la existencia de la violación a una norma concreta. Lo anterior ha quedado en desuso pues en materia administrativa sancionadora comenzó a aplicarse el principio de culpabilidad, el cual supone dolo o culpa en la acción sancionable, lo cual no hay forma de comprobar que su representada tuviera intención alguna de violentar la normativa o perjudicar a los consumidores mediante la falta que se le imputa.

(iii) En caso de determinarse existencia de culpabilidad en el actuar de su mandante y el perjuicio ocasionado en el consumidor, este Tribunal debe tomar en cuenta el principio de proporcionalidad al determinar la multa que se imponga. Señala que, son miles los productos que su representada comercializa en cada uno de sus establecimientos y que en aras de ofrecer la mejor calidad se realizan diversos esfuerzos para controlar el cumplimiento de las normativas técnicas. Sin embargo, se vuelve casi imposible tener un cien por ciento de certeza en ello. Destaca que dos de los productos que se encontraron vencidos, únicamente tenían un día de expiración y estaban a punto de ser retirados del mostrador para evitar que estuvieran al alcance de los consumidores, por lo que se debe considerar que en esos casos el agravio para el consumidor no existe.

Agrego documentación financiera solicitada en resolución de inicio (fs. 15 al 17), contenida en CD que consta a fs.33 de este expediente. Finalmente señaló medios electrónicos y comisionó personas para afectos de recibir notificaciones.

Por su parte, el día 02/09/2022 se recibió en este Tribunal, segundo escrito firmado por

(fs. 34), en su calidad de apoderado general judicial de OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V., manifestando que: en fecha veinticuatro de agosto de dos mil veintidós, se presentaron argumentos de defensa de su representada, pero es el caso que por un error involuntario se consignó mal la referencia del presente proceso, haciéndola constar como 2057-2021, siendo lo correcto 1057-21. Por tal razón, pidió se tenga por rectificadas la referencia y por contestado el traslado conferido a su representada.

Respecto a los argumentos planteados por el apoderado de la proveedora denunciada, dado que los mismos tienen una íntima relación con el fondo de la controversia, estos serán analizados en el apartado denominado: VI. ANALISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN.

## V. VALORACIÓN DE PRUEBA/HECHOS PROBADOS

1. De conformidad con los artículos 146 de la LPC y 106 inc. 3° de la Ley de Procedimientos Administrativos —en adelante LPA—, las pruebas oportunas, pertinentes y conducentes aportadas en el procedimiento, serán valoradas conforme a las reglas de la sana crítica; a excepción de la prueba documental, la cual se realizará conforme al valor tasado de la misma en el derecho común.

En ese sentido, la Sala de lo Constitucional en la resolución final pronunciada en el proceso acumulado con número de referencia 23-2003/41-2003/50-2003/17-2005/21-2005, de fecha 18/12/2009, en lo que concierne al valor tasado de las pruebas mencionó: *“Cuando la ‘utilización’ de la máxima de experiencia viene predeterminada por la norma procesal, hablamos del sistema de valoración denominado prueba tasada o tarifa legal; es decir, en la prueba tasada o tarifa legal, lo que hace el legislador es proveer una de las máximas que deben integrarse al razonamiento probatorio del juez, como la premisa mayor del silogismo fundamental sobre cada medio de prueba (...) el legislador señala una lista de medios de prueba y a cada una le asigna un determinado y preciso valor probatorio -certeza objetiva-; es decir que, en este caso, amparado en la seguridad jurídica, el legislador determina previamente la máxima de experiencia, aunque con distinta fuerza dependiendo de la prueba de que se trate”*. (Los resaltados son nuestros).

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

Además, el artículo 341 del CPCM determina el valor probatorio de los instrumentos, así: *“Los instrumentos públicos constituirán prueba fehaciente de los hechos, actos o estado de cosas que documenten; de la fecha y personas que intervienen en el mismo, así como del fedatario o funcionario que lo expide. Los instrumentos privados hacen prueba plena de su contenido y otorgantes, si no ha sido impugnada su autenticidad o ésta ha quedado demostrada. Si no quedó demostrada tras la impugnación, los instrumentos se valorarán conforme a las reglas de la sana crítica”*. (Los resaltados son nuestros).

Finalmente, el artículo 63 del Reglamento de la LPC, viene a reforzar lo estipulado en el derecho común al establecer: *Las actas mediante las cuales los funcionarios de la Defensoría hagan constar las actuaciones que realicen, harán fe, en tanto no se demuestre con prueba pertinente y suficiente su inexactitud o falsedad. El mismo valor probatorio tendrán los informes y otros documentos que emitan los funcionarios y empleados de la Defensoría, en el ejercicio de sus funciones.*

Así las cosas, para determinar los hechos probados relacionados con la comisión de la infracción regulada en el artículo 44 letra a) de la LPC, se seguirán las disposiciones citadas previamente.

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

a) Acta N° 0000736 (fs. 3) de fecha 29/08/2020 y anexo UNO denominado "Formulario para Inspección de Fechas de Vencimiento" (fs. 4); por medio de los cuales se establece que la Defensoría del Consumidor realizó inspección en el establecimiento propiedad de la proveedora "Despensa Familiar Santa Ana Colón", así como los hallazgos consistentes en 5 tipos de productos encontrados en estante de bebidas en sala de venta, conforme al detalle siguiente:

No.	Producto	Marca	Unidades	Días desde su vencimiento	Clasificación de alimento por riesgo*
1	Agua pura sin sodio	Aqua eco	1	52 días.	A
2	Bebida de te negro con sabor a melocotón	Fuze tea	1	1 día.	C
3	Galletas con malvaviscos y jalea de fresa	Marisela sponch	5	17 días.	B
4	Pastelito con relleno sabor a fresa	Marisela submarinos	4	4 días.	B
5	Pastelito con relleno sabor a fresa	Marisela submarinos	18	1 día.	B

\*De conformidad a la clasificación del numeral 6 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 6.2.1 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° 0000736 (fs. 7), con la cual se establece la presentación de los productos objeto del hallazgo.

c) Acta N° 0000737 (fs. 9) de fecha 29/08/2020 y anexo UNO denominado "Formulario para Inspección de Fechas de Vencimiento" (fs. 10); por medio de los cuales se establece que la Defensoría del Consumidor realizó inspección en el establecimiento propiedad de la proveedora "Despensa de Don Juan Santa Ana Palmar", así como el hallazgo consistente en 1 tipo de producto encontrado en cámara refrigerante dentro de sala de venta, conforme al detalle siguiente:

No.	Producto	Marca	Unidades	Días desde su vencimiento	Clasificación de alimento por riesgo*
1	Milanesa de pollo	Franks	1	60 días.	A

Con respecto a la documentación antes relacionada, y en relación al alegato relacionado con, la imposibilidad de apreciar en la impresión de fotografías que la fecha de vencimiento de los productos era posterior a la fecha de realización de inspección y que en el acta no se establece el lugar en que fueron encontrados, es importante subrayar que, la impresión de fotografías no es la única prueba con la que este Tribunal cuenta para determinar los hechos que han sido denunciados, ya que como un anexo de las actas de inspección se encuentran los documentos denominados formularios para inspección de fechas de vencimiento, y en los cuales si se consigna, el nombre del producto, su contenido neto, la forma en la que se declara la fecha de vencimiento, y el lugar en el que fueron encontrados los productos, es decir, que este Tribunal si tiene certeza de las fechas de vencimiento declaradas en los productos, y el

lugar en el que estos se encontraban, a manera de ejemplo, podemos mencionar que el producto “agua pura sin sodio”, marca Aqua Eco, declaraba como fecha de vencimiento el día 08/07/20 el cual se encontraba en estante de bebidas en sala de venta.

En conclusión, el alegato vertido por el apoderado de la proveedora denunciada, resulta insuficiente para desvirtuar la comisión de la infracción que se le imputa y se concluye entonces que los citados documentos, al mantener una conexión lógica con los hechos alegados en la denuncia mantienen la certeza legal que ostentan.

## 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 goza el acta de inspección de la Defensoría del Consumidor, este Tribunal establece que existe prueba suficiente para determinar que la proveedora OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V., no atendió 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 “*Despensa Familiar Santa Ana Colon*” se tenían 4 tipos de productos alimenticios -uno en específico con 52 días desde su caducidad-, los cuales eran ofrecidos para el consumo de los compradores. De igual manera en el establecimiento denominado “*Despensa de Don Juan Santa Ana Palmar*” se tenía 1 producto alimenticio -específicamente con 60 días desde su caducidad-, el cual era ofrecido para el consumo de los compradores.

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 adquiriera 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.

En este punto, resulta conveniente mencionar que el apoderado de la proveedora denunciada argumento en síntesis que: “el Tribunal Sancionador utilizo el sistema de responsabilidad objetiva en materia administrativa, el cual no puede ni debe ser aplicado toda vez que dicho sistema prescinde de la existencia de culpa o dolo, bastando simplemente probar la existencia de la violación a una norma concreta. Lo anterior ha quedado en desuso pues en materia administrativa sancionadora comenzó a aplicarse el principio de culpabilidad, el cual supone dolo o culpa en la acción sancionable, lo cual no hay forma de comprobar que su representada tuviera intención alguna de violentar la normativa o perjudicar a los consumidores mediante la falta que se le imputa”.

En relación con lo anterior, 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 3° del mismo artículo estipula: "*El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa*".

Asimismo, resulta pertinente citar el artículo 40 de la LPC, que consagra en materia de consumo, los Principios de Legalidad y Culpabilidad respecto de las infracciones previstas por la referida ley, estableciendo que: "*Las infracciones a las disposiciones de la presente ley y demás disposiciones aplicables en materia de consumo, imputables a los proveedores, serán sancionadas administrativamente, en los casos y en la forma que se regula en los artículos del presente título, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden en que puedan incurrir. 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*" –el resaltado es propio-.

La anterior disposición establece claramente, que la responsabilidad objetiva, comprendida como mera causalidad queda excluida del ámbito de sanción por parte de la LPC; sin embargo, si serán sancionables las infracciones a título de dolo, o inclusive cuando su comisión sea fruto de la *culpa*.

En ese sentido, acerca de los conceptos de dolo y culpa, respecto del comerciante, el Código de Comercio – C.Com.- no los define, pues en el capítulo que regula las obligaciones en materia mercantil, el artículo 945 C. Com. hace una remisión expresa al Código Civil. En línea con lo anterior, es el artículo 42 del Código Civil la disposición que define como dolo, la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro; y respecto de la culpa, establece tres posibles tipos, a saber, entre los cuales se destacan dos: (...) *Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.* Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado –resaltado es propio-. Más adelante, en el mismo capítulo concerniente a las obligaciones mercantiles, el artículo 955 estatuye: *Se tendrá por no escrito el pacto que excluya o limite de antemano la responsabilidad de una empresa mercantil por dolo o culpa de su personal, o de terceros a quienes utilice en el cumplimiento de las obligaciones propias de su giro* –resaltado es nuestro-.

Ahora bien, retomando la regulación existente en el Código de Comercio en relación a la culpa, exigible a los comerciantes, encontramos que el artículo 947 estipula que: Las obligaciones mercantiles deben cumplirse *con la diligencia de un buen comerciante en negocio propio*; es decir, que, para los comerciantes cabe la *culpa leve*, antes mencionada, como forma de incumplimiento de sus obligaciones propias.

Haciendo una labor de integración normativa, este Tribunal debe referirse nuevamente al Código de Comercio, en cuanto a los auxiliares del comercio, pues la disposición *supra citada*, guarda íntima relación con lo estatuido en los artículos 378 y 379 del C.Com. *en cuanto que las actuaciones del dependiente obliga al principal*, consecuentemente, los comerciantes, no pueden oponer como eximente de sus responsabilidades legales,

que las actuaciones hayan sido realizadas por sus dependientes, o en relación al caso en análisis, relevarse de sus responsabilidades, aduciendo que hubo descuido o falta de capacidad de parte de sus empleados, pues como ya se ha citado previamente, los comerciantes deben cumplir con sus obligaciones con la diligencia de un buen comerciante en negocio propio, so pena de incurrir en culpa leve.

De ahí que, la imputación subjetiva realizada a la proveedora con relación al hallazgo consistente en productos vencidos en los establecimiento propiedad de la proveedora, no constituye una imputación bajo la premisa de responsabilidad objetiva o mera relación causal con los hechos, sino ocurre derivada de la existencia de sus obligaciones como comerciante, las cuales no sólo devienen de contratos, sino de la ley, y en este caso particular, de las instauradas en la LPC, pues recae bajo su responsabilidad que en los establecimientos de su propiedad se dé cumplimiento a la normativa vigente aplicable.

Por tanto, este Tribunal estima procedente desestimar los argumentos expuestos por el apoderado de la proveedora.

Por ello este Tribunal considera que, la proveedora OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V., actuó con negligencia en la gestión de su negocio, ya que como propietaria de los 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.

#### 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 documentación financiera presentada por la proveedora OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V., consistente en formularios de declaración del impuesto sobre la renta y contribución especial del ejercicio fiscal de los años 2020 y 2021 (agregado en CD a fs. 33); se tomará en cuenta, la declaración del impuesto sobre la renta y contribución especial del año 2020, comprobando que, en el referido año 2020, 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.

Cabe mencionar también, que en el presente procedimiento administrativo sancionador la proveedora infractora ha mostrado una conducta procesal que evidencia el cumplimiento de su deber a prestar la colaboración que le es requerida para el buen desarrollo de los procedimientos (artículo 17 número 5 de la LPA).

***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.

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 OPERADORA DEL SUR, 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 venta, designando un lugar específico para su ubicación (plenamente identificado para este tipo de productos) o verificar su fecha de vencimiento al momento de recibirlos de sus proveedores, y en caso de estar caducados, éstos sean cambiados inmediatamente a fin de no ofrecer productos vencidos a los consumidores.



Por lo que, en el presente caso se configura plenamente una conducta negligente por parte de la proveedora OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V., por no haber atendido con la debida diligencia su negocio, incumpliendo 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 OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V., en los establecimientos de su propiedad —*Dispensa Familiar Santa Ana Colon y Dispensa de Don Juan Santa Ana Palmar*— 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 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 (30), además del tipo de riesgo que según el RTCA 67.04.50:17 cada uno representa (riesgos A, B y C). Así, según actas de inspección en los establecimientos inspeccionados se ofrecía 6 tipos diferentes de productos 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 ref. 109-2013 de fecha 14/01/2016, en la que señala que uno de los factores de dosimetría punitiva es: "(...) el beneficio que, si acaso, obtiene el infractor con el hecho". Conforme a ello, debemos tener en cuenta el precio de los productos que fueron encontrados con posterioridad a su vencimiento, 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 y Formulario para inspección de fechas de vencimiento (fs. 3 y 4) 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
0000736	Despensa Familiar Santa Ana Colon	Agua pura sin sodio	29/08/2020 (fs. 3)	\$0.35 centavos	fs. 7	\$0.35 centavos
		Bebida de te negro con sabor a melocotón	29/08/2020 (fs. 3)	\$0.70 centavos	fs. 7	\$0.70 centavos
		Galletas con malvaviscos y jalea de fresa	29/08/2020 (fs. 3)	\$1.35 dólares	fs. 7	\$6.75 dólares
		Pastelito con relleno sabor fresa	29/08/2020 (fs. 3)	\$0.65 centavos	fs. 7	\$2.60 dólares
		Pastelito con relleno sabor fresa	29/08/2020 (fs. 3)	\$0.65 dólares	fs. 7	\$11.70 dólares

De la lectura del Acta de Inspección y Formulario para inspección de fechas de vencimiento (fs. 9 y 10) 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
0000737	Despensa de Don Juan Santa Ana Palmar	Milanesa de pollo	29/08/2020 (fs. 9)	\$2.55 dólares	fs. 13	\$2.55 dólares

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, la multa a imponer tomará en cuenta no solo la cuantía del posible beneficio ilícito que obtendría la proveedora en el caso de que efectivamente hubiera vendido los productos objeto de hallazgo, el cual ascendería a la cantidad total de \$24.65 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 la inspección realizada por la DC, se comprobó que la proveedora ofreció al consumidor bienes o productos vencidos -en los establecimientos propiedad de OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V.; incumpliendo lo que se establece en el artículo 14 de la LPC.

En consecuencia, este Tribunal estima que, el ofrecer al consumidor bienes o productos vencidos, 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 la multa impuesta, este órgano pretende disuadir a la infractora OPERADORA DEL SUR, 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-, procederá a realizar el cálculo de la multa a imponer a la proveedora OPERADORA DEL SUR, 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 OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V., propietaria de los establecimientos identificados como "*Dispensa Familiar Santa Ana Colon*" y "*Dispensa de Don Juan Santa Ana Palmar*", como una *gran empresa*, según lo relacionado en la letra a. del romano anterior.

7 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 el proveedor, ya que, para el caso, no se acreditó el dolo, sino *negligencia*.

Igualmente, se razonaron las circunstancias analizadas en el literal d. del apartado VI 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.

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. Igualmente, se consideró el beneficio potencial que pudo obtener la proveedora, que conforme a lo razonado en el literal e. del apartado anterior de esta resolución, pudo ser *bajo*, pues su valor no alcanzaba un mes salario mínimo vigente en el sector industria.

Por lo tanto, este Tribunal impone a la proveedora OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V., una multa de SIETE MIL TRESCIENTOS DÓLARES CON OCHO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$7,308.08), equivalentes a *veinticuatro meses* de salario mínimo mensual urbano en la industria, por la comisión de la infracción regulada en el artículo 44 letra a) en relación al artículo 14, ambos de la LPC, 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 **4.8%**, 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) *Téngase por agregado* los escritos presentados por el licenciado en su calidad de apoderado general judicial de la proveedora denunciada, así como la documentación que consta agregada de fs. 26 al 33 y por contestada la audiencia conferida en los términos antes relacionados. Además, tome nota la Secretaría de este Tribunal de los medios señalados por la proveedora para recibir actos de comunicación, así mismo de las personas que comisiona para tales efectos.
- b) *Sanciónese* a la proveedora OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V., con la cantidad de **TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA DÓLARES CON CUATRO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$3,650.04)**, equivalentes a *doce 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— 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 en el establecimiento denominado "*Dispensa*

*Familiar Santa Ana Colon*" conforme al análisis expuesto en el romano VI de la presente resolución y con fundamento en las disposiciones legales precitadas.

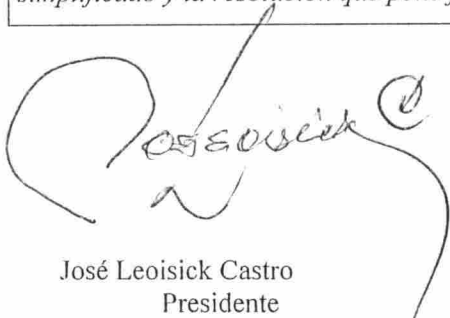
- c) *Sanciónese* a la proveedora OPERADORA DEL SUR, S.A. de C.V., con la cantidad de **TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA DÓLARES CON CUATRO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$3,650.04)**, equivalentes a *doce meses de salario mínimo mensual urbano en la industria*—D.E. N° 6 del 21/12/2017, publicado en el D.O. N° 240, tomo 417 del 22/12/2017— 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 en el establecimiento denominado "*Dispensa de Don Juan Santa Ana Palmar*" 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.**

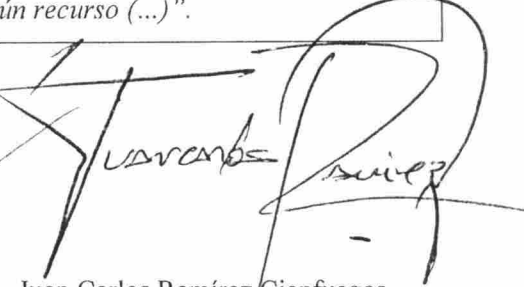
d) *Notifíquese.*

#### INFORMACIÓN SOBRE RECURSO

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

  
José Leoisick Castro  
Presidente

  
Pablo José Zelaya Meléndez  
Primer vocal

  
Juan Carlos Ramírez Cienfuegos  
Segundo vocal

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

OO/MIP

  
Secretario del Tribunal Sancionador