


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

 Defensoría del Consumidor	TRIBUNAL SANCIONADOR	Fecha: 25/04/2023 Hora: 13:03 Lugar: San Salvador	Referencia: 1130-2020
RESOLUCIÓN FINAL			
I. INTERVINIENTES			
Denunciante:	Presidencia de la Defensoría del Consumidor —en adelante la Presidencia—.		
Proveedoras denunciadas:	MELHER, S.A. DE C.V. OPERADORA DEL SUR, 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 23/01/2020 se practicaron inspecciones en el establecimiento denominado "<i>Dispensa de Don Juan Antiguo Cuscatlán</i>", propiedad de la proveedora OPERADORA DEL SUR, S.A. DE C.V.</p> <p>Como resultado de la diligencia realizada, se levantaron actas de inspección de etiquetado nutricional de alimentos preenvasados con número de referencia DVM-EN/003/20 y DVM-EN/004/20, en las cuales —mediante "<i>Informe de Inspección de Etiquetado Nutricional de Cobertura de Sabores para Chocobananos y otras Frutas Congeladas</i>"— 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 numeral 5.2.5 del Reglamento Técnico Centroamericano de Etiquetado Nutricional de Productos Alimenticios Preenvasados para Consumo Humano para la Población a Partir de 3 años de Edad 67.01.60:10, <i>por no declarar en su etiqueta 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. 23 y 24), 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 técnicas que se dictaren sobre la materia, así como facilitar el control, vigilancia e inspección de las autoridades competentes</i>".</p>			

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 Nutricional de Productos Alimenticios Preenvasados para 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: “Los VRN a utilizar serán de preferencia los establecidos por FAO/OMS que se presentan a continuación. Sin embargo, se permitirá el uso de cualquier otra referencia de valores nutricionales para fines de etiquetado. En todos los casos, se debe indicar al pie de la información nutricional, la referencia utilizada, citando el nombre de la misma.”

En congruencia con tales disposiciones, la fabricación o comercialización de medicinas, alimentos, bebidas o cualquier otro producto perecedero, en cuyas etiquetas no se declare el nombre de referencia de los valores nutricionales utilizados, realizado por un fabricante 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 fabricación o comercialización de cualquier clase de productos, en cuyas etiquetas no se declare 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 la proveedora, quien compareció conforme a las actuaciones que se detallan a continuación:

A. En fecha 24/10/2022, se recibió escrito (fs. 29 al 33), firmado por la licenciada quien actúa en calidad de apoderada general judicial de la proveedora **OPERADORA DEL SUR, S.A. DE C.V.**, por medio del cual contestó la audiencia conferida en resolución de inicio de fecha 30/09/2022, expuso argumentos de defensa sobre los hechos atribuidos a su representada y agregó la documentación de fs. 34 al 41.

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

Que en fecha 17/08/2022 su representada fue notificada de la resolución de inicio de fecha 30/09/2022 por la posible comisión de la infracción establecida en el artículo 43 letra f) de la LPC,

determinando en la inspección realizada que los productos *"Fresa. Cobertura sabor Chocolate con fresa para chocobananos y otras frutas congeladas"* y *"Blanco. Cobertura sabor chocolate blanco para chocobananos y otras frutas congeladas"* en sus etiquetas no declaran el nombre de referencia de los valores nutricionales utilizados, dando lugar a la infracción en comento.

Asimismo trae a mención el artículo 40 de la LPC, relacionado al principio de legalidad y culpabilidad, que es de especial aplicación y observancia para la DC, ya que la Presidencia debería de evidenciar un daño real y cierto en los derechos de los consumidores que se estiman vulnerados, por tanto el referido artículo en su inciso segundo manifiesta: *"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."*, y que tal menoscabo no fue comprobado en modo alguno por parte de la DC, ya que, no se puede determinar que los delegados de la DC hayan comprobado la existencia de algún menoscabo e perjuicio de los consumidores, y al no existir el mismo no es posible sancionar a su representada. Además, se debe comprobar que el infractor haya actuado con culpa o dolo.

Hace hincapié en el hecho que su representada no figura en la etiqueta como importador y distribuidor del producto, ya que, quien aparece es la sociedad **MELHER, S.A. DE C.V.**, como importador y distribuidor de los mismos, por tal razón y en virtud del criterio de responsabilidad establecido en el artículo 36 letra c) de la LPC, su representada no es responsable de la conducta imputada, y que es el fabricante quien debe cerciorarse que los productos cumplan con las normas técnicas vigentes

Trae a colación el criterio jurisprudencial adoptado por este Tribunal en el proceso con referencia 1669-13, en el cual se absolvió a su representada, en el sentido que: *"(...) de las consideraciones anteriores se colige respecto de ODS, que esta es la comercializadora al detalle del producto objeto del hallazgo, no figurando su nombre en la etiqueta, pues su función, en la relación del acto de consumo es la de vendedor al consumidor final; en consecuencia, tratándose de la aplicación antes señalada, —contenido neto de producto preempacado o de cierre integro—, y no comprobándose incorrecta manipulación del producto, ya sea modificándolo, alterándolo, o, abriéndolo, no es responsable de la infracción atribuida en su contra, por lo cual este Tribunal debe absolver a dicha proveedora"*, concluyendo así que su representada no debe ser multada por este Tribunal.

También trae a mención el principio de buena fe comercial manifestando que es importante que este Tribunal tome en consideración la naturaleza de las actividades que realizan las comercializadoras —como lo es su representada en este caso—, ya que son las encargadas de poner a disposición —ofrecer— del público diversas clases de productos elaborados por terceras personas, es decir, que no son

las responsables de verificar la fabricación de los productos elaborados por sus proveedores, saber los ingredientes o etiquetarlos, ya que dichas etiquetas son puestas a aprobación de las entidades correspondientes, en ese sentido, su representada no es responsable de hacer modificaciones. En ese sentido, la única forma que tiene su representada de cerciorarse que sus proveedores cumplan la normativa técnica legal es solicitarles que manejen procesos de control y monitoreo rigurosos dentro de sus sistemas de producción.

Indica que los productos objeto del hallazgo no son elaborados por su representada y que se vuelve **imposible** para esta conocer el etiquetado exacto de la totalidad de los productos sin desnaturalizar la función de comercializarlos, que es la que efectivamente le corresponde. Por tal razón es que su representada confía en que el productor cumple con las normas para la elaboración del producto, en especial las normas técnicas vigentes.

Finalmente, trae a mención el principio de proporcionalidad, señalando que debe existir una correspondencia entre la infracción cometida y la sanción a imponer, y como esta medida o sanción debe ser apta para alcanzar los fines que la justifican, pero nunca debe causar un daño o perjuicio mayor que el que la motiva, y para el caso en particular resulta importante valorar que son miles los productos que su representada comercializa en cada uno de sus establecimientos, además de esto, es importante ponderar que en el artículo 49 de la LPC se establecen los parámetros para la determinación de la multa, y que en atención a estos se puede asegurar que ninguno de ellos concurre de parte del comercializador de los productos en cuestión, ya que el etiquetado le corresponde al fabricante antes de ser enviados al distribuidor y comercializador, además de que no se cometió un perjuicio real alguno a los consumidores y que la posibilidad de que sucediera es ínfima, lo que en todo caso no es imputable a su representada por los argumentos antes expuestos.

B. Asimismo en fecha 26/10/2022, se recibió escrito (fs. 42 al 44), firmado por el licenciado quien actúa en calidad de apoderado general judicial y administrativo con facultades especiales de la proveedora **MELHER, S.A. DE C.V.**, por medio del cual contestó la audiencia conferida en resolución de inicio de fecha 30/09/2022, expuso argumentos de defensa sobre los hechos atribuidos a su representada y agregó la documentación de fs. 45 al 62.

En dicho escrito, el referido apoderado, en el ejercicio de su derecho de defensa, manifestó — en esencia— lo siguiente:

Que según resolución de inicio de fecha 30/09/2022 se le atribuye a su representada el incumplimiento de los artículos 7 inciso primero y 27 inciso tercero de la LPC y el numeral 5.2.5 del RTCA 67.01.60:10, en lo referente a que: *“la etiqueta de los mismos no declara el nombre de la referencia de los valores nutricionales utilizados”*, los productos sobre los cuales recae la supuesta infracción son los denominados *“Fresa. Cobertura sabor de chocolate con Fresa para Chocobananos*

y otras frutas congeladas” y “Blanco. Cobertura Sabor Chocolate Blanco para Chocobananos y otras frutas congeladas”, indica que en razón de la imputación de la infracción, el procedimiento para que su presentada pueda iniciar la producción y consecuentemente la comercialización de los productos fabricados por ella, deben cumplir con los requisitos que se les exigen por medio de la oficina Gubernamental denominada Unidad de Alimentos y Bebidas de la Dirección de Salud Ambiental, del Ministerio de Salud, y de conformidad a los artículos 94 y 95 del Código de Salud, su representada efectivamente cuenta con las acreditaciones necesarias.

Para el producto “Fresa. Cobertura sabor de chocolate con Fresa para Chocobananos y otras frutas congeladas” se cuenta con la Certificación Número 03227, con la cual consta que en la etiqueta del producto se debe utilizar la leyenda: “REGISTRO N°7331, DIRECCIÓN GENERAL DE SALUD, EL SALVADOR, C.A.”, con fecha de vencimiento el 26/07/2022, y para el producto “Blanco. Cobertura Sabor Chocolate Blanco para Chocobananos y otras frutas congeladas” se cuenta con la Certificación Número 04633, con la cual consta que en la etiqueta del producto se debe utilizar la leyenda: “REGISTRO N°34198, DIRECCIÓN GENERAL DE SALUD, EL SALVADOR, C.A.”, con fecha de vencimiento el 19/10/2022, ambos emitidos por la unidad antes mencionada.

Indica que tales acreditaciones autorizan el uso de la tabla nutricional y por tal razón no pueden asumir una responsabilidad en la omisión de tales requisitos, además, la entidad que aprueba los registros emitió las acreditaciones para poder utilizar la viñeta que fue identificada en las inspecciones, por lo tanto, en ningún momento fue intención de su representada el infringir regulaciones, normas y/o leyes para la comercialización de los productos, en ese sentido su representada ha etiquetado sus productos con los registros autorizados por la Unidad de Alimentos y Bebidas de la Dirección de Salud Ambiental del Ministerio de Salud, respetando los procedimientos que esa institución cumple y exige.

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.

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) Actas de inspección DVM-EN/003/20 y DVM-EN/004/20 ambas de fecha 23/01/2020 —fs. 5 y 13— e Informe de inspección de etiquetado nutricional de cobertura de sabores para chocobananos y otras frutas congeladas (Tabla 3), —fs. 20 al 22—, por medio de las cuales se establece que la DC realizó inspección en el establecimiento “*Dispensa de Don Juan Antiguo Cuscatlán*” propiedad de la proveedora **OPERADORA DEL SUR, S.A. DE C.V.**, así como el hallazgo de 3 productos, denominados *Fresa. Cobertura sabor chocolate con fresa para chocobananos y otras frutas congeladas*, y 13 productos, denominados *Blanco. Cobertura sabor chocolate blanco para chocobananos y otras frutas congeladas* ambos de la marca *Chocomelher*, con contenido neto declarado Net. Wt. 13.22. (375 g), cada uno, fabricados por la proveedora **MELHER, S.A. DE C.V.**, que estaban siendo ofrecidos a los consumidores y en los cuales no se declara en su en su etiqueta el nombre de referencia de los valores nutricionales utilizados; incumpliendo lo que se establece en el numeral 5.2.5 del RTCA 67.01.60:10
- b) Impresiones de fotografías vinculadas con las actas de inspección No. DVM-EN/003/20 y DVM-EN/004/20 (fs. 6 al 12 y 14 al 19); 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 la proveedora **MELHER, S.A. DE C.V.**, fabricó, y la proveedora **OPERADORA DEL SUR, S.A. DE C.V.**, comercializó: 3 unidades del producto denominado *Fresa. Cobertura sabor chocolate con fresa para chocobananos y otras frutas congeladas*, y 13 unidades del producto denominado *Blanco. Cobertura sabor chocolate blanco para chocobananos y otras frutas congeladas* en los cuales no se declara en su en su etiqueta el nombre de referencia de los valores nutricionales utilizados; incumpliendo lo que se establece en el numeral 5.2.5 del RTCA 67.01.60:10

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 fabricar 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 fabrican 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 la proveedora **MELHER, S.A. DE C.V.**, como fabricante de los productos objeto del hallazgo tenía la obligación principal de verificar que este cumpliera con los requisitos y condiciones exigidas por la ley para su fabricación, y la proveedora **OPERADORA DEL SUR, S.A. DE C.V.**, como propietaria del establecimiento donde se comercializaban los productos objeto del hallazgo, 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, situaciones que ninguna de las proveedoras hicieron, al fabricar y comercializar, respectivamente, un total de 16 productos cuyas etiquetas no cumplían con las exigencias especiales que se determinan en las normativas técnicas de etiquetado, poniendo en riesgo potencial el derecho a la información de los consumidores.

Asimismo, en relación al criterio jurisprudencial al que hace referencia la apoderada de la proveedora **OPERADORA DEL SUR, S.A. DE C.V.**, adoptado por este Tribunal en el proceso sancionatorio con referencia 1669-13, en la cual absuelven a su representada de la imputación que se le estaba efectuando respecto a la infracción del artículo 7 inciso primero de la LPC, este Tribunal considera que es necesario aclarar que la infracción desarrollada en la resolución mencionada por la apoderada, es distinta a la denunciada actualmente por la Presidencia de la Defensoría del Consumidor, la cual motivó el presente procedimiento administrativo sancionador, por lo cual, los hechos ocurridos en fecha 23/01/2020, promovieron la denuncia por ser contraria a la conducta realizada por la proveedora, que hicieron que la misma incurriera en la infracción establecida en el artículo 43 letra f) de la LPC, la cual establece: *“Son infracciones graves: f) Fabricar, importar, empaquetar, distribuir o comercializar bienes en los que no se cumplan las normas técnicas vigentes (...)”*, y como es el caso, ha quedado comprobado que la denunciada, comercializó dentro de su establecimiento productos que

no cumplieran las normas técnicas, por no declarar en su etiqueta el nombre de referencia de los valores nutricionales utilizados, asimismo, el legislador dentro de la LPC, ha sido específico con la referida infracción regulando la acción ilícita y los sujetos que recaerán específicamente en dichas conductas, por otra parte, la proveedora en el criterio jurisprudencial citado hace referencia al artículo 44 letra h) de la LPC, el cual trata sobre contenido neto, siendo estas conductas distintas, por lo cual, este Tribunal no puede tomar en consideración lo resuelto en dicho procedimiento, por ser distintos los tipos denunciados.

En relación al argumento del criterio de responsabilidad establecido en el artículo 36 letra c) de la LPC, este Tribunal trae a colación lo resuelto por 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.

En razón de lo anterior, debe desestimarse lo argüido.

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

La proveedora **OPERADORA DEL SUR, S.A. DE C.V.**, como propietaria del establecimiento en el que se invitaba a los consumidores a que adquirieran los mismos para uso o consumo, tenía la obligación de verificar y poner a disposición del consumidor únicamente aquellos productos que

cumplieran los requisitos y condiciones exigidas por la ley para su comercialización, lo cual no hizo, al ofrecer productos, en cuya etiqueta no se declaraba el nombre de referencia de los valores nutricionales utilizados, poniendo en riesgo potencial el derecho a la información de los consumidores.

Respecto al argumento del apoderado de la proveedora **MELHER, S.A. DE C.V.**, este Tribunal efectúa la aclaración que la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra f) no consiste en la falta de Registro Sanitario, sino que esta consiste, específicamente en la fabricación de bienes que no cumplen las normas técnicas vigentes, es decir, en las inspecciones se dio el hallazgo de que 16 productos que son fabricados por ella no declaraban en su etiqueta el nombre de referencia de los valores nutricionales utilizados según regula el numeral 5.2.5 del RTCA 67.01.60:10, por lo cual, este Tribunal no puede tomar en consideración dicho argumento.

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

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 la sanción respectiva, conforme al artículo 46 de la misma ley.

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”.

En relación a la proveedora **OPERADORA DEL SUR, S.A. DE C.V.**, a partir de la documentación presentada en CD de fs. 41, consistente en: **a)** declaración de impuesto sobre la renta de los años 2019 al 2021; se tomará en cuenta el total de rentas gravadas de la declaración del impuesto sobre la renta y contribución especial del año 2020 —por el año en que ocurrieron los hechos—, cuyo monto asciende a la cantidad de **\$778,360,506.76 dólares**.

Al constatar la información financiera presentada, con lo establecido en el art. 3 de la Ley Mype, este Tribunal concluye que la proveedora **OPERADORA DEL SUR, S.A. DE C.V.**, cuenta con ingresos superiores a los clasificados en la referida ley, por lo cual, al comparar la información financiera y la clasificación de contribuyentes publicada por la Dirección General de Impuestos Internos del Ministerio de Hacienda, la proveedora denunciada cuenta con la capacidad económica de un *“gran contribuyente”*, por consiguiente, para los efectos de la cuantificación de la multa, será considerada como tal.

Ahora, respecto de la proveedora **MELHER, S.A. DE C.V.**, a partir de la documentación presentada consistente en: **a)** formularios de declaración del impuesto sobre la renta y contribución especial del ejercicio fiscal de los años 2020 y 2021 (fs. 58 al 61); se tomará en cuenta, la declaración del impuesto sobre la renta y contribución especial del año 2020, comprobando que, en el referido año 2020 —año en el que se cometió la infracción— la proveedora tuvo un total de ingresos por la cantidad de **USD \$12,511,788.84 dólares**.

Al constatar la información financiera presentada, con lo establecido en el art. 3 de la Ley Mype, este Tribunal concluye que la proveedora **MELHER, S.A. DE C.V.**, cuenta con ingresos superiores a los clasificados en la referida ley, por lo cual, al comparar la información financiera y la clasificación de contribuyentes publicada por la Dirección General de Impuestos Internos del Ministerio de Hacienda, la proveedora denunciada cuenta con la capacidad económica de un *“gran contribuyente”*, por consiguiente, para los efectos de la cuantificación de la multa, será considerada como tal.

Cabe mencionar también, que en el presente procedimiento administrativo sancionador las proveedoras infractoras han 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.

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, **MELHER, S.A. DE C.V.**, como fabricante del producto y **OPERADORA DEL SUR, S.A. DE C.V.**, como propietaria del establecimiento, son las principales responsables 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 fabricaba y comercializaba, respectivamente, cumplieran todos los requerimientos de las normas técnicas, y en caso de que estos no cuenten con información completa en sus etiquetas, sean cambiados inmediatamente a fin de no fabricar y comercializar productos a los consumidores que no cumplan la normativa técnica vigente. Por lo que, en el presente caso, se configura plenamente una conducta negligente por parte de las proveedoras **MELHER, S.A. DE C.V.** y **OPERADORA DEL SUR, S.A. DE C.V.**, por no haber atendido con la debida diligencia sus negocios, incumpliendo sus obligaciones como fabricante y comerciante, respectivamente.

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 directa e individual, pues se acreditó: que en el establecimiento propiedad de la proveedora **OPERADORA DEL SUR, S.A. DE C.V.**, “*Dispensa de Don Juan Antiguo Cuscatlán*”, el día 23/01/2020, se puso a disposición de los consumidores: 3 unidades del producto denominado *Fresa. Cobertura sabor chocolate con fresa para chocobananos y otras frutas congeladas*, y 13 unidades del producto denominado *Blanco. Cobertura sabor chocolate blanco para chocobananos y otras frutas congeladas*, que son fabricados por la proveedora **MELHER, S.A. DE C.V.**, en los cuales no se declara en su etiqueta el nombre de referencia de los valores nutricionales utilizados; incumpliendo lo que se establece en el numeral 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, empacar, distribuir o comercializar bienes en los que no se cumplan las normas técnicas vigentes; así como comercializar servicios que no las cumplan*, consignada en el

R/A

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 la sanción respectiva en el presente caso y, además, para graduar la misma, (a) no es necesario comprobar ni justificar una afectación concreta y material en la esfera de los consumidores; (b) ni que existan denuncias de personas que hubiesen adquirido los bienes ofrecidos, distribuidos e importados por la proveedora, 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 lo 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. 6 al 12 y 14 al 19) 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-EN/003/20	Despensa de Don Juan Antiguo Cuscatlán	Fresa. Cobertura sabor chocolate con fresa para chocobananos y otras frutas congeladas, marca Chocomelher Net. Wt. 13.22 oz. (375 g)	23/01/2020 (fs. 5)	\$1.55	fs. 6 al 12	\$4.65 dólares
DVM-EG/004/20	Despensa de Don Juan Antiguo Cuscatlán	Blanco. Cobertura sabor chocolate blanco para chocobananos y otras frutas congeladas	23/01/2020 (fs. 13)	\$1.55	fs. 14 al 19	\$20.15 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 **\$24.80 dólares**, sino que también se calculará la multa 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 las proveedoras fabricaron y comercializaron, respectivamente, productos en los cuales no se declara en su etiqueta el nombre de los valores nutricionales utilizados; incumpliendo lo que se establece en el numeral 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 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 la multa, 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 Tribunal Sancionador pretende disuadir a las infractoras **MELHER, S.A. DE C.V., y OPERADORA DEL SUR, 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 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 fabricar 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. 4° de la LPC— y habiendo considerado los elementos del artículo 49 de la LPC, procederá a realizar el cálculo de la multa a imponer a las proveedoras **MELHER, S.A. DE C.V., y OPERADORA DEL SUR, 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*, según lo relacionado en la letra a. del romano anterior.

Por otra parte, es importante reiterar que las sanciones en materia de consumo tienen doble finalidad: por un lado, corregir al que ha realizado la práctica ilegal y, por otro, evitar que se sigan cometiendo conductas prohibidas en detrimento de los consumidores (carácter disuasivo de la sanción).

Dicho esto, en el caso de mérito se efectuó la modulación de la multa en razón del grado de intencionalidad de la conducta cometida, 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 \$24.80 dólares; 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 la conducta realizada por las proveedoras, la cual

ha sido catalogada como *grave*, ya que, la misma fue verificada *en varios productos y 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 la proveedora **MELHER, S.A. DE C.V.**, una multa de: **CUATRO MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y SEIS DÓLARES CON SETENTA Y DOS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$4,866.72)**, equivalentes a dieciséis 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 artículo 5.2.5 del RTCA 67.01.60:10, por fabricar productos que no cumplen la normativa técnica vigente, al encontrarse a disposición de los consumidores productos en los cuales no se declara en su etiqueta el nombre de referencia de los valores nutricionales utilizados; incumpliendo lo que se establece en el numeral 5.2.5 del RTCA 67.01.60:10

Y respecto a la proveedora **OPERADORA DEL SUR, S.A. DE C.V.**, imponer una multa de: **CUATRO MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y OCHO DÓLARES CON TREINTA Y OCHO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$4,258.38)**, equivalentes a catorce 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 artículo 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 no se declara en su etiqueta el nombre de referencia de los valores nutricionales utilizados; incumpliendo lo que se establece en el numeral 5.2.5 del RTCA 67.01.60:10

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 .
como la documentación que consta agregada de fs. 29 al 41, *dese intervención* a la proveedora **OPERADORA DEL SUR, S.A. DE C.V.**, por medio de su apoderada general judicial, licenciada *y téngase por contestada* la audiencia conferida a la proveedora en los términos relacionados en la presente resolución.
- b) *Téngase por agregado* el escrito presentado por el licenciado ; así como la documentación que consta agregada de fs. 41 al 61, *dese intervención* a la proveedora

MELHER, S.A. DE C.V., por medio de su apoderado general judicial y administrativo, el licenciado _____ y téngase por contestada la audiencia conferida a la proveedora, en los términos relacionados en la presente resolución.

c) Sanciónese a la proveedora **OPERADORA DEL SUR, S.A. DE C.V.**, con la cantidad de **CUATRO MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y OCHO DÓLARES CON TREINTA Y OCHO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$4,258.38)**, equivalentes a catorce 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 a los artículos 7 inciso primero y 27 inciso tercero de la LPC, y artículo 5.2.5 del RTCA 67.01.60:10, conforme al análisis expuesto en el romano VI de la presente resolución y con fundamento en las disposiciones legales precitadas.

d) Sanciónese a la proveedora **MELHER, S.A. DE C.V.**, con la cantidad de **CUATRO MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y SEIS DÓLARES CON SETENTA Y DOS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$4,866.72)**, equivalentes a dieciséis 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 a los artículos 7 inciso primero y 27 inciso tercero de la LPC, y artículo 5.2.5 del RTCA 67.01.60:10, conforme al análisis expuesto en el romano VI de la presente resolución y con fundamento en las disposiciones legales precitadas.

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

e) Tome nota la Secretaría de este Tribunal de los medios señalados por la apoderada de la proveedora **OPERADORA DEL SUR, S.A. DE C.V.**, y por el apoderado de la proveedora **MELHER, S.A. DE C.V.**, para recibir actos de comunicación; así como del nombre de las personas comisionadas para tal efecto.

f) *Notifíquese.*

INFORMACIÓN SOBRE RECURSO

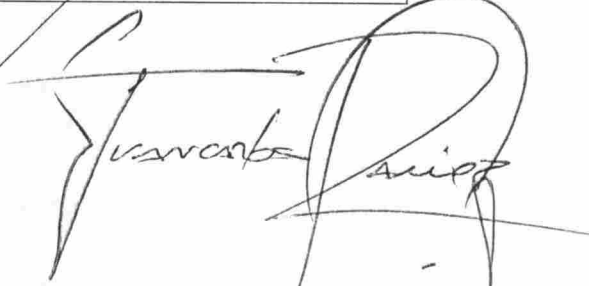
La presente resolución no admite recurso, de conformidad con lo expuesto en el artículo 167 inciso 3° de la Ley de Procedimientos Administrativos, según el cual: “Los actos y resoluciones dictados con posterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, se regirán en cuanto al régimen de recursos, por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



Pablo José Zelaya Meléndez
Primer vocal



Juan Carlos Ramírez Cienfuegos
Segundo vocal

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

JR/MIP



Secretario del Tribunal Sancionador