 Defensoría del Consumidor	TRIBUNAL SANCIONADOR	Fecha: 04/04/2022 Hora: 10:25 a.m. Lugar: San Salvador	Referencia: 471- 2020
---	---------------------------------	--	--------------------------

RESOLUCIÓN FINAL

I. INTERVINIENTES

Consumidora
denunciante

Proveedora
denunciada

INTEGRASAP S.A. DE C.V.

II. HECHOS DENUNCIADOS Y ANTECEDENTES.

La denunciante manifestó que: *“contrató los servicios de implementación y licenciamiento de software proporcionados por INTEGRASAP, S.A. de C.V., con la finalidad que dicho proveedor, desarrollara un programa informático de gestión empresarial (software ERP), que debía realizar, entre otras cosas, las funciones administrativas que ya desempeñaba un programa de Excell, y que posee la parte consumidora denominado: “Linecheck”; pues de lo contrario, dicho software no sería útil para la parte consumidora. Por ello, el proveedor suscribió con la parte consumidora dos contratos de adhesión con condiciones generales de contratación, el día 28 de junio de 2018: 1) contrato de servicios de implementación del software SAP Business One, para un plazo de 12 meses a partir del Kick Off (iniciando el día 20 de julio del 2018), que debía finalizar el día 20 de julio de 2019, por el que mi representada pagó \$9,404.02, el día 30 de agosto de 2018; 2) Contrato de licencia de uso y servicios de mantenimiento de software SAP Business One, y su anexo 1, por el que la parte consumidora pagó \$38,523.47, el día 27 de julio de 2018, más un pago por mantenimiento anual de \$1,310.85, el 29 de agosto de 2019; sin embargo, a la fecha, el software no ha sido instalado a la parte consumidora, pues el proveedor admitió en el mes de septiembre de 2019 que el software SAP Business One no podía realizar lo que el “Linecheck” hace, incumpliendo lo solicitado, ofertado y contratado. Agrega la parte consumidora que a la fecha el proveedor no muestra ninguna voluntad de reintegrar los montos pagados, aduciendo que los contratos no permiten la devolución de montos cancelados, por ninguna causa; situación con la que no está de acuerdo, pues considera que dicha cláusula es abusiva al restringir, limitar o exonerar de responsabilidad al proveedor o hacer que la parte consumidora enuncie anticipadamente a los derechos que le asisten. Asimismo, observa que los contratos contienen la cláusula abusiva de imponer el arbitraje como medio alternativo de solución de controversias.”*

Se siguió el procedimiento respectivo en el Centro de Solución de Controversias de la Defensoría del Consumidor, sin que la sociedad consumidora y la proveedora denunciada pudieran

llegar a ningún acuerdo según consta a fs. 85, razón por la que el expediente fue certificado a este Tribunal en atención a lo regulado en el artículo 143 letra c) de la Ley de Protección al Consumidor –en adelante LPC–, y posteriormente se inició el presente procedimiento administrativo sancionatorio mediante resolución de las once horas con cuatro minutos del día 04/06/2021 (fs. 97 a 99).

III. PRETENSIÓN PARTICULAR.

La sociedad consumidora solicitó *“que el proveedor haga la devolución de la cantidad de CUARENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS TREINTA Y OCHO DOLARES CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS DE DÓLAR (\$49,238.34), debido al incumplimiento de oferta y contrato por parte del proveedor, ya que no se recibió ninguna contraprestación. Lo anterior con base a los artículos 17 literal a y d), 24, en relación a los artículos 43 letra e) y 44 letra e) y artículo 143 inciso final de la Ley de Protección al Consumidor, y artículos 71 y 150 de la Ley de Procedimientos Administrativos.”*

IV. INFRACCIÓN ATRIBUIDA Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.

A. Respecto al posible incumplimiento de contrato:

A la proveedora denunciada se le atribuye la posible comisión de las infracciones grave y muy grave establecidas en el artículo 43 letra e) que estipula: *“No entregar los bienes o prestar los servicios en los términos contratados”*; en relación al artículo 24: *“Todos los profesionales o instituciones que ofrezcan o presten servicios, están obligados a cumplir estrictamente con lo ofrecido a sus clientes. Las ofertas de servicios deberán establecerse en forma clara, de tal manera que, según la naturaleza de la prestación, los mismos no den lugar a dudas en cuanto a su calidad, cantidad, precio, tasa o tarifa y tiempo de cumplimiento, según corresponda”*.

Por lo anterior, este Tribunal deberá analizar la concurrencia de los siguientes elementos: en primer lugar, las condiciones en que se ofreció el servicio, en cuanto a calidad y tiempo de cumplimiento, según corresponda; en segundo lugar, la existencia del incumplimiento por parte de la proveedora al no entregar el servicio en los términos contratados por el consumidor; lo que, en caso de configurarse, daría lugar a la sanción prescrita en el artículo 46 del referido cuerpo de ley.

B. Sobre las cláusulas abusivas en los contratos.

Conforme a lo establecido en el art. 44 letra e) de la LPC constituye infracción grave *“Introducir cláusulas abusivas en los documentos contractuales”*.

Para analizar la configuración de dicha infracción es preciso tener en cuenta que el artículo 17 de la LPC indica: *“Se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones que, en contra*

de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, tales como: (...) i) Las cláusulas que supongan la imposición de una penalización que no corresponda al daño causado al proveedor por el incumplimiento del contrato por parte del consumidor. Para analizar la correspondencia entre el daño causado y la penalización, se tendrá en cuenta entre otros aspectos, el valor del contrato, su estado de ejecución, los costos demostrables incurridos por el proveedor y la naturaleza de las prestaciones de las partes”; y en su parte final, la referida disposición señala que “El carácter abusivo de una cláusula se evaluará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, las circunstancias que concurran en el momento de la celebración y las demás cláusulas del mismo o de otro de que este dependa (...).”

El Derecho de Consumo nace, precisamente, para tutelar los derechos del consumidor, propiciando la equidad entre las partes, ante el desequilibrio en que se encuentra el consumidor en algunas relaciones comerciales, y es al amparo de los principios de este Derecho que el artículo 17 de la LPC proscribió *todas aquellas estipulaciones contractuales que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes.*”

Esa situación justifica de forma especial el control de las cláusulas de los contratos de adhesión, pues puede haber lugar a que existan ciertas estipulaciones que en términos legales implican para la parte contratante más débil de la relación jurídica, un sometimiento a las mismas sin que tenga la libertad real de controvertirlas o rechazarlas. En ese sentido, el artículo 978 del Código de Comercio – en adelante C.Com.- establece que cuando *los contratos estén redactados en formularios impresos o preparados por una de las partes, se interpretarán en caso de duda, en el sentido más favorable al otro contratante*; y, por la misma razón el artículo 976 del C.Com. dispone que *en los contratos de adhesión, las cláusulas adicionales prevalecerán sobre las del formulario, aunque éstas no se hayan cancelado.*

En aplicación de la LPC, esta autoridad está facultada para someter las cláusulas contractuales, que sean cuestionadas ante esta instancia, a un análisis de proporcionalidad y equidad, a fin de determinar si alguna condición contractual constriñe indebidamente los derechos de los consumidores, incrementa desproporcionadamente sus obligaciones o crea, en general, situaciones innecesariamente desiguales entre las partes en cuanto a sus derechos y obligaciones, en menoscabo del consumidor.

Para realizar ese análisis e interpretar si una cláusula contenida en un contrato suscrito entre proveedor y consumidor tiene un carácter abusivo, debe también evaluarse las circunstancias concurrentes al momento de su celebración, la naturaleza de los bienes o servicios contratados, la totalidad de las condiciones contractuales o extracontractuales relacionadas con la aplicación de dicha cláusula.

Además, cabe señalar que la infracción prevista en el artículo 44 letra e) de la LPC, se configura por el solo hecho de incluir una cláusula abusiva en el contrato, razón por la cual, el carácter abusivo resulta de su propio texto, sin que sea necesaria su aplicación por parte del proveedor para efectos de que la infracción se materialice.

Aunado a lo antes expuesto, el Reglamento de la LPC contiene una clara regulación de los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas, en la cual establece una serie de obligaciones a los proveedores, a partir de la cual —en cualquier etapa del proceso de contratación— las cláusulas, condiciones o estipulaciones contenidas en contratos de adhesión, deben de cumplir con lo siguiente:

- **Artículo 22 —Requisitos de los contratos de adhesión—:** *Los contratos de adhesión y sus anexos deberán cumplir con los siguientes requisitos: a) Estar redactados en términos claros, expresando esencialmente la naturaleza del contrato celebrado, el objeto y finalidad del mismo, las especificaciones sobre el bien o servicio que se contrata, el plazo del contrato; el precio, tasas o tarifas; la facturación y forma de pago, la forma en que el consumidor puede hacer sus reclamos, los derechos y obligaciones de las partes y las formas de terminación (...).*
- **Artículo 27 —Especificaciones sobre la terminación contractual—:** *Las cláusulas relativas a la terminación del contrato, deberán contener las especificaciones siguientes: a) Las causales de terminación del contrato, debiendo incluir la posibilidad y condiciones de ejercicio de los derechos de renuncia, desistimiento, retracto y a darse de baja, en los casos en los que, de conformidad con la Ley y este Reglamento, el consumidor goce de los mismos (...).*

Jurisprudencialmente, la Sala de lo Constitucional de la Honorable Corte Suprema de Justicia —en adelante SC—, en su resolución de las diez horas con veintisiete minutos del día 25/06/2009, en la Inconstitucionalidad bajo referencia 26-2008, ha sostenido que: “(...) En efecto, la autonomía de la voluntad como centro del contrato no debe en modo alguno absolutizarse ni sacralizarse. **La presencia razonable del Estado es necesaria, porque son múltiples las áreas donde actualmente**

sobreabundan situaciones de disparidad y asimetría entre las partes contratantes. La intervención del Estado en los contratos se moviliza con carácter permanente y anticipado, poniendo determinados marcos a la autonomía de la voluntad, y no reconociéndola más que dentro de ellos (...)”, el resaltado es nuestro.

Además, el artículo 101 inciso 2° de la Cn establece: *“El Estado promoverá el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción, la productividad y la racional utilización de los recursos. Con igual finalidad, fomentará los diversos sectores de la producción y defenderá el interés de los consumidores”*, disposición que fortalece la protección del interés de los consumidores, como una categoría jurídica de rango constitucional.

Por su parte, la SCA en la resolución de las quince horas nueve minutos del 13/06/2016, en el procedimiento bajo referencia 275-2010, sostuvo: *“Este principio —defensa de los intereses de los consumidores es desarrollado mediante normas de orden público que pretenden proteger a la parte —de la relación de consumo que se encuentra en desventaja, restableciendo el equilibrio contractual. Debe precisarse que no se trata de menoscabar al proveedor, sino de disolver en el mayor grado posible las condiciones que afectan la autonomía de la voluntad real del consumidor”*.

En virtud de lo anterior, en caso de comprobarse, implicaría la imposición de la sanción prevista en el artículo 47 de la LPC.

V. CONTESTACIÓN DE LA PROVEEDORA DENUNCIADA

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. Dichas actuaciones se detallan a continuación:

En resolución de fs. 97 a 99, se le confirió el término de diez días hábiles, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución, para que la proveedora manifestara su defensa por escrito, pudiendo formular alegaciones, presentar o proponer la práctica de pruebas que estimara conveniente. Dicha resolución, fue notificada a la denunciada en fecha 10/06/2021.

Posteriormente, el día 25/06/2021, se recibió escrito firmado por el licenciado _____, quien actúa en calidad de apoderado especial de la proveedora INTEGRASAP, S.A. de C.V. – fs. 106 a 113-, mediante el cual expone alegatos atinentes al fondo de la controversia, agregando documentación de folios 114 a 141.

Asimismo, el referido profesional en su escrito solicitó – en síntesis- que se admita como prueba testimonial, las declaraciones de la señora _____ y de los señores _____,

con las que pretendía acreditar y demostrar “como

Posteriormente, en resolución de apertura a prueba de las diez horas con quince minutos del día 13/09/2021, este Tribunal resolvió ante dichas solicitudes y ofrecimiento, citar a los señores:

para rendir declaración; admitiendo también la proposición de reconocimiento judicial de objetos y contenido a los sistemas de equipos informáticos de la denunciante.

Por otro lado, el día 29/09/2021 se recibió escrito firmado y presentado por el licenciado apoderado de la sociedad denunciante, – fs. 152-, mediante el cual solicita copia de CD adjunto por la proveedora denunciada el cual contiene supuesta información sobre el desarrollo informático de gestión empresarial para la sociedad

Asimismo, se recibió escrito el día 30/09/2021, firmado y presentado por el licenciado , apoderado de la sociedad denunciada, – fs. 153-, mediante el cual adjunta documentación de folios 155 a 159.

En dicho escrito propuso prueba documental y solicitó a este Tribunal que ordenara peritaje informático en los equipos con la finalidad de probar, determinar y acreditar que su representada ha cumplido con los servicios de implementación y licenciamiento de software, así como el desarrollo y mantenimiento informático de dichos sistemas y licencias para la sociedad asimismo determinar que en dichos equipos no se han borrado las licencias, por lo que requiere que dicho peritaje sea encomendado a la División de Policía Técnica Científica para que haga el vaciado sobre si existen el desarrollo y mantenimiento informático de dichos sistemas y licencias que la sociedad que representa vendió a la denunciante.

De igual forma, se recibió escrito el día 04/10/2021, firmado por el apoderado de la sociedad denunciante – fs. 161 a 173-, en el cual ofreció y adjuntó prueba documental de folios 174 a 428. Además, solicitó a este Tribunal ordene a INTEGRASAP, S.A. de C.V., exhibir original de la oferta técnica económica, original del contrato de servicios de implementación del software SAP Business One, original del contrato de licencia de uso y servicios de mantenimiento para el software denominado SAP Business One, original del apéndice 1 al contrato de licencia de uso del sistema de software denominado SAP Business One, original del apéndice 2 al contrato de licencia de uso del sistema de software denominado SAP Business One, con los cuales pretende acreditar los términos y condiciones adicionales al contrato de licencia de uso y servicios de mantenimiento para el software denominado SAP Business One y las cláusulas abusivas que contienen los mismos.

Asimismo, solicitó a este Tribunal se practique interrogatorio a los testigos de la relación de consumo, señores _____, en su calidad de jefe administrativo, _____ en su calidad de coordinador de tecnología de la información, _____, en su calidad de gerente de calidad, _____ en su calidad de jefe de inventario, quienes laboran para la sociedad _____ y ofrece la declaración de propia parte del señor _____, con las declaraciones testimoniales pretendía probar la relación de consumo existente y el incumplimiento por parte de la sociedad denunciada, a lo ofertado y contratado con su representada, en cuanto al contrato de implementación y al contrato de licencia de uso y servicios de mantenimiento para el software denominado SAP Business One.

Solicitó además, que este Tribunal admita y valore el dictamen pericial informático de propia parte de fecha 04/10/2021, suscrito por la perito _____, quien auditó la documentación contractual de consumo; asimismo, solicitó que este tribunal admitiera y valorara el dictamen pericial de correos electrónicos junto con la impresión de los mismos de fecha 04/10/2021 realizado por el perito _____, en su calidad de gerente de infraestructura tecnológica de la sociedad _____, con lo que pretende probar el incumplimiento por parte de la sociedad denunciada, a lo ofertado y contratado con su representada, en cuanto al contrato de implementación y al contrato de licencia de uso y servicios de mantenimiento para el software denominado SAP Business One.

También argumentó en que el medio probatorio de reproducción e imagen consistente en un CD compacto anexado por el apoderado de la proveedora denunciada, no cumple con lo regulado en el artículo 317 del CPCPM, que establece que debe individualizar su contenido y mencionar qué pretende acreditar con ello, y que dicho apoderado no especifica que documentación o aplicaciones informáticas contiene el mismo, violando también el artículo 4 del referido Código ya que, en dicho CD existe un cumulo de información que no ha sido descrito en el escrito de defensa, por lo que también no ha cumplido con las disposiciones aplicables a los medios de producción de sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de información, contemplados en los artículos 396 al 401 del CPCPM y al no cumplir lo anterior, violentó el derecho de defensa de su mandante, pues no se ha acreditado que la prueba informática vertida en el proceso por INTEGRASAP, S.A. de C.V. haya guardado cadena de custodia.

Finalmente, requirió que se rechace el medio probatorio de reproducción e imagen sonido o palabra consistente en un CD, incorporado por la parte proveedora, por supuestamente no estar singularizada la información contenida en el mismo, y sin especificar qué se pretende probar con

cada correo electrónico o aplicación informática, el cual no debe ser tenido en cuenta para emitir la resolución final.

Por otro lado, se recibió escrito firmado y presentado por el licenciado _____ de generales conocidas – fs. 429 a 430-, en el cual propuso prueba documental y solicita que la ingeniera _____ pueda explicar y exponer los datos que contiene cada CD adjunto (2); agregando documentación de folios 431 a 452.

En virtud de lo anterior, en resolución de las diez horas con quince minutos del día 15/11/2021, este Tribunal resolvió prevenir a la sociedad denunciada INTEGRASAP, S.A. de C.V., para que, en el plazo de diez días hábiles, presentara los documentos a folios 155 a 159 con las respectivas diligencias de traducción en idioma castellano para que esta autoridad pudiera hacer una valoración sobre esa prueba; además, se libró oficio a la Subdirección de Investigaciones, departamento de la División de Policía Técnica Científica de la Policía Nacional Civil, solicitando colaboración de dicho organismo para nombrar a la persona idónea con el propósito de que se juramentara como perito y se le pudiera ilustrar sobre los puntos objetos de pericia, fijándose el lugar y hora para la realizar dicho peritaje y, declaró sin lugar las declaraciones testimoniales de los señores _____,

y _____ y a la solicitud de rechazar la prueba contenida en el disco compacto agregado por la proveedora INTEGRASAP, S.A de C.V.; se requirió a la sociedad INTEGRASAP, S.A. de C.V., la exhibición de los documentos originales anteriormente descritos y se señaló día lugar y hora para la práctica del reconocimiento judicial de objetos, reprogramándose también audiencia para recibir la declaración de los testigos supra citados.

Luego, en fecha 25/01/2022 se recibió escrito firmado y presentado por el apoderado de la sociedad INTEGRASAP, S.A. de C.V. -fs. 467-, en el cual manifestó que exhibía los documentos originales requeridos por este Tribunal, anexando documentación de folios 468 a 484. Finalmente, consta a folios 485, acta de suspensión de la práctica de reconocimiento de objetos, la cual no se pudo celebrar por quebrantamiento en la salud de uno de los miembros de este Tribunal.

Asimismo, en resolución de las diez horas con quince minutos del día 11/02/2022, este Tribunal estima procedente reprogramar la práctica de reconocimiento de objetos y las audiencias para los días veintiuno y veintidós de febrero del año dos mil veintidós, respectivamente.

Por lo anterior, se recibieron las declaraciones testimoniales de los testigos]

así

En resolución de las diez horas con quince minutos del día 25/01/2022, se libra un segundo oficio a la subdirección de Investigaciones del departamento de la División de Policía Técnica Científica de la Policía Nacional Civil a efecto de solicitar colaboración con dicho organismo y nombre a una persona idónea con el propósito que se juramente como perito y se le pueda ilustrar sobre los puntos objetos de pericia.

Finalmente, el día 25/02/2022 se recibió escrito firmado por el señor [redacted] empleado de la Policía Nacional Civil, donde brinda respuesta a oficio N° 17/2022, en el cual manifiesta que primero se debe coordinar con un perito para brindarle indicaciones y explicarle que se necesita.

Ante lo anteriormente expuesto, este Tribunal debe advertir al apoderado de la proveedora denunciante:

Que referente a la prueba anexada por parte del apoderado de la sociedad denunciada, consistente en un CD compacto y en virtud del alegato en el que afirma que éste no cumple con lo regulado en los artículos 317, 396 al 401 del CPCM, este Tribunal debe considerar: el concepto de *documento*, que basado en el principio de no discriminación, debe otorgarse idéntica virtualidad probatoria al documento escrito y al documento probatorio, ya que, lo esencial es un objeto que representa un interés para el proceso, siendo lo secundario el soporte, ya sea en papel, formato audiovisual o electrónico en el que se recoja.

Es así que, si bien el art. 343 del CPCM prescribe que: *“Las disposiciones contenidas en la presente sección será aplicables cuando en el proceso se aporten para utilizar como prueba dibujos, fotografías, planos, mapas, croquis u otros instrumentos similares...”*, se considera que en realidad se maneja una noción mucho más amplia del concepto *documento*; y, de acuerdo al artículo 397 de la citada normativa establece que: *“Los recursos de almacenamientos de datos o de información podrán ser propuestos como medio de prueba”*, con la finalidad que pueden aportarse cintas, discos y otros medios en los que contenga el componente probatorio. En ese sentido, dentro del régimen procesal salvadoreño los documentos electrónicos deberán ser tratados con las disposiciones de la prueba documental, ya que, la única variación está en el soporte en donde se recopila dicha información.

En virtud de lo anterior, se descarta el alegato sobre una violación al derecho de defensa de la sociedad denunciada, siendo que, a la misma se le ha brindado los plazos establecidos en la ley para ejercer dicho derecho, concretando éste en escritos presentados por el apoderado de [redacted].

[redacted] que han sido acompañados de diferentes documentos probatorios que serán valorados en el siguiente acápite.

VI. VALORACIÓN DE PRUEBA/HECHOS PROBADOS

Este Tribunal valorará la prueba de conformidad a los métodos aceptados en el ordenamiento jurídico, para posteriormente determinar si en el presente procedimiento, se ha configurado las infracciones consignadas en el artículo 43 letra e) y 44 letra e) de la LPC, por no prestar los servicios en los términos contratados y por introducir cláusulas abusivas en los contratos.

A. Al respecto, el artículo 146 de la LPC establece que, en los procedimientos ventilados ante este Tribunal, serán admitidos los medios de prueba reconocidos en el derecho común -en lo que fuere aplicable con la naturaleza de éste- y los medios científicos idóneos. Asimismo, en el inciso final del referido artículo se dispone que las pruebas aportadas serán valoradas según las reglas de la sana crítica, que están basadas en la lógica interpretativa, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos idóneos.

El artículo 313 del CPCM, de aplicación supletoria en el presente procedimiento conforme lo dispuesto en el artículo 167 de la LPC, señala que la prueba tendrá por objeto las afirmaciones expresadas por las partes sobre los hechos controvertidos; prueba que, además, debe haber sido obtenida de forma lícita, debe estar relacionada con el objeto de la misma y ser idónea según las reglas y criterios razonables. En otras palabras, para que una prueba sea valorada debe ser oportuna, pertinente y conducente.

Advierte este Tribunal que el apoderado de la sociedad INTEGRASAP, S.A. de C.V., ha presentado documentación en idioma no castellano, y en virtud de lo anterior, se le previno a dicho profesional para que las presentara en idioma castellano para que este Tribunal pudiera valorar y pronunciarse sobre dichos documentos; sin embargo, no evacuó dicha prevención, razón por la cual los mencionados documentos no serán valorados en este proceso administrativo. (fs. 155 a 159, 451 – CD compacto-).

B. En el presente procedimiento sancionatorio, se incorporó prueba documental tanto por la sociedad consumidora como por la sociedad denunciada consistente en:

- a) Fotocopia certificada de oferta técnica económica del licenciamiento, de fecha 12 de junio de 2018, que contiene: accesos por usuario, detallando un número éstos, licenciamiento “n” razones sociales; servicios de implementación 1 razón social (consideraciones); resumen de la inversión y forma de pago (términos y condiciones). (fs. 468-473).
- b) Fotocopia certificada de contrato de implementación SAP Business One, de fecha 28/06/2018 (fs. 474-476).

- c) Fotocopia certificada de contrato de licenciamiento SBO de fecha 28/06/2018. (fs. 477-480).
- d) Fotocopia certificada de Apéndice SBO al contrato de licencia de uso para usuario final del sistema de software SAP Business One para usuario final. (fs. 481-484).
- e) Original de factura #2465, de fecha 02/07/2018, a favor de INTEGRASAP, S.A. de C.V., cliente , por el valor de \$38,523.47. (fs. 195).
- f) Voucher de cheque emitido por la sociedad . a favor de INTEGRASAP, S.A. de C.V., de fecha 27/07/2018, por el valor de \$38,523.17. (fs. 196).
- g) Original de factura #2474, de fecha 24/08/2018, a favor de INTEGRASAP, S.A. de C.V., cliente . en concepto de “KICK OFF”, por el valor de \$9,427.59. (fs. 197).
- h) Voucher de cheque emitido por la sociedad a favor de INTEGRASAP, S.A. de C.V., de fecha 30/08/2018, por el valor de \$9,404.02. (fs. 198).
- i) Original de factura #0129, de fecha 10/06/2019, a favor de INTEGRASAP, S.A. de C.V., cliente , en concepto de “GARANTIA TECNOLOGICA, periodo del 1 de enero al 31 de diciembre de 2019”, por el valor de \$6,554.45. (fs. 199).
- j) Voucher de cheque emitido por la sociedad . a favor de INTEGRASAP, S.A. de C.V., de fecha 29/08/2019, por el valor de \$1,310.85. (fs. 200).
- k) Impresiones de correos electrónicos en los cuales consta comunicación entre empleados de ambas sociedades. (fs. 44 a 64).
- l) Certificación original firmada por el licenciado , en su calidad de Contador General de la sociedad INTEGRASAP, S.A. de C.V. de fecha 18/06/2021, donde hace constar que el señor nunca ha sido empleado de esa sociedad. (fs. 118).
- m) Certificación original firmada por el licenciado , en su calidad de Contador General de la sociedad INTEGRASAP, S.A. de C.V. que detalla “*declaración que contiene oferta inicial, composición del saldo deudor de ; que concuerda con la documentación respaldatoria y registros contables indicados.*” (fs. 119 a 120).
- n) CD compacto que contiene carpetas de correos electrónicos de comunicación entre empleados de ambas sociedades, carpetas que contienen archivos y documentos describiendo el “LINE-CHECK” con fechas posteriores a los contratos celebrados,

documentos llamados "minutas" donde el personal de INTEGRASAP, S.A. de C.V. hace constar el objeto, acuerdo y detalles pendientes en cada reunión con los empleados y representante legal de _____ (fs. 141).

- o) Contrato para el desarrollo e implementación de módulos periféricos conectados a SAP Business One, suscrito entre la sociedad _____ y el señor _____ (fs.191 a 192).
- p) Recibo firmado por el señor _____ recibe mediante el cual se hace constar la entrega de la cantidad de \$3,573.44 de parte de la sociedad _____ de fecha 14/11/2018. (fs. 194).
- q) Dictamen pericial de extracción de correos electrónicos. (fs. 202 a 308).
- r) Informe pericial sobre el proceso de adquisición e implementación del software denominado SAP Business One en la empresa _____ (fs. 309 a 333).
- s) Acta de inicio de proyecto _____ IMPLEMENTACION SAP B1. (fs. 393 a 403).
- t) Impresiones simples de minutas redactadas y extendidas por INTEGRASAP, S.A. de C.V. (fs. 408 a 419, 421, 422, 424, 426 y 428).
- u) Impresión de certificación de entrega de licencias definitivas SAP Business One a _____ sin firmas. (fs. 431).
- v) Documento que describe el archivo de licencias emitidos a la empresa con fecha 10/12/2018. (fs. 446 a 448).
- w) Certificación original firmada por el señor _____ donde certifica que de acuerdo a los registros contables, planillas previsionales del ISSS y AFP proporcionadas por INTEGRASAP, S.A. de C.V., el señor _____ no ha sido ni es empleado de la citada sociedad; certificación de cuentas por cobrar, saldo en mora de parte de la sociedad _____, la cantidad de \$12,894.67. (fs. 449 y 450)
- x) CD compacto que contiene la entrega de la licencia SAP Business One. (fs. 452).
- y) Acta de reconocimiento de objeto y acta de audiencia de declaración de testigos y declaración de parte. (496 a 505).

En primer lugar, con la prueba antes relacionada, documentos de folios 22 a 43, se determina efectivamente que la sociedad denunciante contrató con la proveedora denunciada en fecha 28/06/2018, licencias, implementación y mantenimiento anual del software denominado SAP

Business One que consiste en – *listado no taxativo*- controlar funciones operativas, gestiones dentro de la empresa, las áreas de bancos, compras, contabilidad, producción, finanzas, cuentas por cobrar e inventarios, activos fijos, presupuesto, control de calidad y elaboración de reportes entre otros, con fecha de instalación seis semanas después a la firma de la fecha del contrato (28/06/2018), según numeral 3 *ENTREGA*, del contrato de *Licencia SBO* a folios 32.

La implementación del software SAP Business One, posee cinco etapas según contrato a folios 28, que son las siguientes:

1. Planificación y organización del proyecto (kick Off – lanzamiento del proyecto).
2. Análisis de la compañía.
3. Diseño y configuración de la aplicación SAP Business One.
4. Desarrollo escenarios de negocio
5. Inicio operaciones en producción SAP Business One.

Se constata que la sociedad _____ canceló a la sociedad INTEGRASAP, S.A. de C.V., en concepto de pago de licencia de software SAP Business One \$38,523.37, pago en concepto de Kick Off (lanzamiento) del contrato de servicios de implementación del mencionado software \$9,404.02 que equivale al 40% del monto total, y el pago parcial del mantenimiento y soporte anual correspondiente al periodo de enero al 31 de diciembre del año 2019, la cantidad de \$1,310.85, haciendo un total de \$49,238.34 dólares de los Estados Unidos de América, los cuales constan en facturas a folios 195, 197 y 199.

Así también, advierte este Tribunal que, de las certificaciones firmadas por los licenciados _____, en su calidad de Contador General de la sociedad denunciada y de _____, en su calidad de contador Público, hacen constar que el señor _____, no es ni ha sido empleado de la sociedad INTEGRASAP, S.A. de C.V.

Respecto a los documentos relacionados anteriormente, es necesario acotar que el *contrato de servicios para el desarrollo de módulos periféricos conectados a SAP Business One*, suscrito entre la sociedad _____ y el señor _____ y todos los documentos relacionados a folios 191 a 194, no serán valorados por este Tribunal puesto que estos no tienen relación con el objeto de la controversia, debido a que se tratan de hechos no denunciados, por lo cual no tiene incidencia para el análisis del presente procedimiento.

Por otro lado, existen certificaciones originales, emitidas por los licenciados _____ y _____ donde exponen un detalle de la composición del saldo deudor de parte de _____ hacia la sociedad INTEGRASAP, S.A. de C.V., al

18/06/2021, por el valor total de \$5,404.47 y por \$11,199.67 (en concepto de Add-on de mantenimiento) y por \$12,894.67 (en concepto de Interfaz POS) al 30/09/2021, respectivamente, a folios 120 y 450.

Ahora bien, consta la diligencia realizada de reconocimiento de objeto, llevada a cabo en las oficinas de la sociedad _____, el día 21/02/2022, donde estuvieron presentes el apoderado de la sociedad denunciante, acompañado de los señores _____, así como del señor _____; y de la parte denunciada, el apoderado de dicha sociedad acompañado de los señores _____ y _____; junto a este Tribunal colegiado, Ingeniero _____ quien es técnico de la Gerencia de Sistemas Informáticos de la Defensoría del Consumidor y el secretario de Actuaciones de este Tribunal Licenciado _____.

Según el acta de la referida diligencia, intervino el señor _____, describiendo los pasos que realiza para acceder a un servidor y dentro de éste abrir una carpeta que se encuentra en la unidad "E" y que ésta a su vez contienen más carpetas denominadas "PRUEBA", "SAP" y "LICENCIAS" donde se observa un archivo de texto que contiene un archivo de licencia SAP, pero que lo anterior no consta que haya sido instalada la licencia SAP Business One, ya que lo instalado no es un programa que pueda ser ejecutado y que ese software requiere de personal especializado para hacer las adaptaciones propias del cliente; bajo la misma línea se expresa el apoderado de _____ quien asevera que esos archivos fueron instalados de manera extemporánea a la fecha indicada en el contrato, es decir, doce de diciembre de dos mil dieciocho. Así también el señor _____ manifestó que la licencia no ha sido instalada, que se puede tener un demo de prueba para luego "venir a instalar, a implementar y facilitar la llave".

Así también, el Ingeniero _____ comenta que son archivos de instalación y de texto, pero que no se puede verificar la instalación del software, que no se encuentra registro alguno y menciona que en el servidor en que se buscó, no se encuentra el software, que tampoco se encontraron carpetas o iconos que permitan el acceso al sistema.

Por otra parte, el ingeniero _____ asegura que la licencia sí está instalada, ya que, en el archivo de texto del cual menciona el señor _____, contiene el "HARDWARE KEY-Q1430426442, y quien fabrica y envía ese código que es una "llave", es el fabricante con sede en Alemania y es quien determina la diferencia de las licencias mediante el "HARDWARE KEY", que INTEGRASAP, S.A. de C.V. solo está autorizada para comercializar dichas licencias, continua manifestando que dicha llave es enviada una vez que el software está instalado ya que se trata de

un producto “ya finalizado” y en las carpeta llamada “SAP 9.3PL07 se encuentran los archivos que son también los ejecutables y que esto no se programa ni se desarrolla ya que es un producto terminado; también manifiesta que la instalación puede estar en otro servidor y que incluso esos archivos de instalación junto con el software pueden ser eliminados por cualquier persona, continua manifestando que la implementación de dicho software es brindarle seguimiento a los requerimientos del cliente por lo que confirma que sí fue instalado el software y que la única manera de comprobarlo es que al ser instalado en el servidor, se genera un número que se remite al fabricante y éste a su vez remite el archivo para el licenciamiento del software.

Así también, el día 22/02/2022 se llevó a cabo la audiencia de declaración de los testigos ofrecidos por parte del apoderado de INTEGRASAP, S.A. de C.V., señores

y quienes en síntesis manifestaron que en etapas pre contractuales, el encargado de proyectos en ese momento -2018- de parte de la sociedad denunciada, tuvo a la vista la oferta que se le hizo a la denunciante por la implementación del software SAP BUSINESS ONE, además de incluir el desarrollo del mantenimiento de ese equipo. La señora solo se dedicó a las actividades de implementación del software, que solo estuvo en una reunión pre contractual y no estuvo presente en las firmas de los contratos; que después de firmados los mismos, se encargó de la primera etapa de la implementación ya que es ella la encargada de la documentación contractual, la revisa y posteriormente realiza dicha etapa del proyecto con el cliente y que uno de sus desarrollos era la interfaz con el POS de la sociedad; que en agosto del 2018, la denunciante solicitó un proyecto que ellos llaman LINECHECK y que éste no estaba incluido en la contratación inicial del proyecto; también manifestó que no se realizó el desarrollo del modelo según requerimiento de , que le programa se detuvo en enero del año 2019 porque la denunciante reclamaba incluir el archivo LINECHECK y que dicha sociedad no entregó la “data” necesaria para continuar con el proyecto correspondiéndoles a ellos esa obligación.

En segundo lugar, fue interrogado el señor quien fue la persona en negociar con la sociedad denunciante, hasta la etapa de formalización del contrato y que dicha comercialización incluía todas las áreas organizacionales de la empresa; que lideró dicha negociación con el representante legal de ; que el contrato se modificó a los requerimientos de dicha empresa, habiendo cruces de correo electrónico hasta la firma del mismo; que el contrato de servicio de implementación fue el que tuvo más modificaciones; que las licencias se instalaron en las oficinas de ; que dicho cliente no había

solicitado el LINECHECK que es un programa que no requiere intervención humana y que no estaba incluido en la negociación inicial y que dicha oferta fue realizada para su desarrollo pero no fue contratada por la sociedad denunciante ya que les resultó ser un producto muy caro. Mencionó también que el “HARDWARE KEY” es la confirmación de que la licencia fue entregada al cliente; que no estuvo en la firma de los contratos pero que son tres y están relacionados; que conoce al señor [redacted]; que es un consultor independiente y que INTEGRASAP, S.A. de C.V. le recomendó a la sociedad denunciante contratar al señor [redacted] para que éste les desarrollara el módulo LINECHECK.

En tercer lugar, fue interrogado el ingeniero [redacted] manifestó que esta certificado por el fabricante de las licencias – ubicado en Alemania-, que fue asignado como consultor en la implementación de SAP BUSINESS ONE, instalando en un servidor virtual de [redacted], el software mencionado, que un servidor virtual es una computadora dentro de otra computadora más potente y que físicamente no existe dicho servidor; que el proceso de instalación consiste en descargar los instaladores del portal del fabricante “sap partner edge”, que después de descargarlos los llevó donde el cliente quienes le facilitaron el ambiente de instalación, que llevó su computadora y lo instaló en la ubicación que le facilitó el cliente; que el programa instalado es la versión 9.3, que luego de ese paso se debe ir a un menú específico que se llama “HARDWARE KEY”, que es la llave que identifica el equipo informático donde se instaló el programa y que ese número es único por instalación y que no quedó registrada por medio de ninguna minuta o acta; que [redacted] puede usar el software porque es un producto terminado; que dicho software se instaló el 12/12/2018; que tiene minutas de la mayoría del proceso; que asumen que una vez enviada la minuta por correo electrónico al cliente y no hay respuesta pasadas 72 horas, se entiende que está validado; que la entrega del software se hace constar por medio de la entrega que se hizo al encargado de [redacted] en ese momento; que de las etapas de la implementación, es necesario terminar cada etapa para iniciar con la siguiente; que la etapa de análisis fue insatisfactoria porque solo le presentaron a dos personas con las que hizo todo el proceso de análisis, lo que hizo el proceso muy centralizado; que la instalación termina con la base de prueba que la base de datos guarda la información en el software.

En cuarto lugar, declara el testigo [redacted], manifestando que no participó en la negociación del software SAP BUSINESS ONE, que fue contratado por [redacted] para trabajar en el desarrollo de un sistema LINECHECK que es propio del cliente, que ese sistema debe controlar la producción, automatizar las ordenes de producción, que fue contratado por el señor [redacted]

, que no pudo desarrollar lo contratado ya que su carga de trabajo no se lo permitió, que el LINECHECK iba a ser integrado a SAP BUSINESS ONE; que no ha sido empleado de INTEGRASAP, S.A. de C.V.; que la sociedad denunciante le pagó \$3,600.00 en noviembre del año 2018, que este dinero lo reintegró en cuotas finalizando en el mes de enero del año 2020 por incumplimiento de contrato.

Y en quinto lugar, comparece el señor _____ quien es el representante legal de _____, que en el año 2017 comenzaron a buscar un proveedor que construyera un software ERP que tenga LINECHECK, que tuvieron un aproximado de 20 reuniones para contratar con la denunciada que estuvo en constante comunicación con _____ quien le ofreció el software SAP BUSINESS ONE, que firmó dos contratos uno por las licencias y otros por implementación; que los contratos fueron redactados por INTEGRASAP, S.A. de C.V. de forma unilateral ya que le manifestaron que son contratos aprobados por Alemania y que por esa razón no se podían modificar; que su representada cumplió con el contrato por haber pagado que era su obligación principal; que la sociedad denunciada no cumplió porque el 20/08/2018 fue el kick off y a esta fecha el sistema no está funcionando; que INTEGRASAP, S.A. de C.V. mencionó que se requería un módulo adicional para el funcionamiento del sistema, y que dicha sociedad facilitó una lista de personas que podían desarrollar ese modulo adicional, seleccionando al señor _____ quien no cumplió con sus obligaciones; que _____ no ha recibido la instalación del software; que contrataron a un perito en informática para verificar si había una llave instalada y no encontraron más que unos archivos de instalación y que éstos fueron recibidos el 12/12/2018, es decir, 24 semanas después de la firma de los contratos y no dentro de las 6 semanas que aparecían en mismo; que el perjuicio económico ronda por los USD\$ 49,000.00; que leyó los contratos antes de firmarlos y que no lo engañaron y que tampoco estaba de acuerdo con el contenido de los contratos porque no podían modificar las clausulas, que no recuerda si el LINECHECK estaba adentro del contrato pero sí dentro de la oferta técnica; que solo vio la oferta técnica y que al ver los contratos no coincidían con dicha oferta; que negoció con el señor _____ porque en ese momento ya habían pagado \$40,000.00 y era más barato pagar los USD \$3,500.00 aproximadamente que se le pagaron al señor _____).

Luego, en sexto y séptimo lugar, rinden declaración los testigos ofrecidos por parte del apoderado de _____ los señores _____ y _____, manifestando – en síntesis- el primero de ellos que es jefe administrativo, que conoció que las operaciones de la sociedad denunciante fueron creciendo en el año 2017 por lo que

decidieron contratar los servicios de la denunciada cuya función era implementar el LINECHECK que es la medula de la actividad de ; hubieron por alrededor de 20 reuniones con INTEGRASAP, S.A. de C.V. haciéndoles ver las necesidades junto al señor . que estuvo en la fecha en que se firmó el contrato; que estuvo en algunas reuniones precontractuales, que la denunciada ofreció el software SAP BUSINESS ONE por medio del señor ; que se firmaron los contratos con sus respectivas apéndices; que no se permitió formular otras cláusulas; que se pagó en el kick off –lanzamiento- alrededor de \$9,000.00 y , cumplió con su obligación y que INTEGRASAP no cumplió con la implementación ya que tenían 12 meses para entregar un software funcionando desde las fecha del kick off; que informó que no podían desarrollar el modulo llamado LINECHECK; que no lo podía integrar al software SAP BUSINESS ONE y que eso generó molestia a , ya que se habían reunido anteriormente para saber las necesidades de la empresa, por lo que INTEGRASAP propuso al señor) para desarrollar el LINECHECK, que fue presentado por , que los dominios del correo del señor .o eran de INTEGRASAP por lo que era personal de dicha sociedad; que se le pagó alrededor de \$3,500.00 y que dicho monto fue reintegrado por el señor por incumplimiento de contrato y que el señor ; se desvinculó de las actuaciones del señor); que el señor z les ofreció devolverles \$9,000.00 con lo que no estuvieron de acuerdo y que siempre se les ofreció la licencia que iba a ser entregada mediante un acta e iba a ser recibida por el representante legal de la denunciante; que los archivos de licencia fueron entregados fuera del plazo contractual y que . nunca ha utilizado esos archivos de instalación por no tener la capacitación para el manejo del software, incumpliendo con el contrato porque tampoco hay acta de entrega; que el contrato primero fue firmado por el señor r y posteriormente por el representante legal de INTEGRASAP, S.A. de C.V., diciéndoles que los contratos eran estándar y que no se podían modificar; que LINECHECK aparece en la oferta económica; que el archivo ejecutable puede estar instalado pero eso no es la licencia, que el daño económico es alrededor de \$50,000.00 y se puede comprobar por medio de la emisión de cheques a favor de INTEGRASAP, S.A. de C.V.

Finalmente, comparece el señor quien es ingeniero en sistemas y es coordinador en tecnologías de información; que es responsable por la integridad de las bases de datos y coordina el sistema de puntos de ventas, que INTEGRASAP incumplió porque se obligaron a licenciar e implementar un software en la empresa, que tiene experiencia en la implementación de SAP; que la metodología inicia la determinación de un usuario que es la persona

que indica lo que el software puede y no puede hacer; que se proporcionan usuarios claves al business key y luego vienen las etapas de instalación, parametrización, pruebas de usuarios, todo ello respaldado por un cronograma; que el software no fue instalado ni en su etapa inicial porque lo único que tienen son archivos de instalación y que esos archivos no son útiles porque el objetivo de contratar a INTEGRASAP es que haya persona especializada en atender los requerimientos de la empresa; que revisó los 6 servidores de . y que no encontró en ninguno de ellos la licencia; que se tienen que tomar entrevistas a los dueños del negocio (power user) y que la persona llamada funcional debe saber que todos los módulos que se van a agregar deben ser operados por el software principal; que el LINECHECK es un add-on (agregado o agregar en) que debió negociarse en la fase precontractual y no posteriormente.

VII. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

A. Previo a emitir la decisión final correspondiente, resulta necesario que en atención a lo anterior y al tenor de lo dispuesto en los artículos 216 inciso 2º y 416 del Código Procesal Civil y Mercantil que establecen; *“la motivación será completa y debe tener en cuenta, todos y cada uno de los elementos facticos y jurídicos del proceso, considerados individualmente y en conjunto con apego a las reglas de la sana critica”*; y *“El juez o tribunal deberá valorar la prueba en su conjunto conforme a las reglas de la sana critica. No obstante, lo anterior, en la prueba documental se estará a lo dispuesto sobre el valor tasado”*. Por lo anterior, la prueba documental y testimonial será valorada y analizada en consonancia con la prueba tasada y la sana critica.

B. Respecto al supuesto incumplimiento de contrato artículo 43 letra e) de la LPC:

En primer lugar, de acuerdo con la lectura y análisis de los correos electrónicos en la etapa precontractual, de folios 45 a 54, se vislumbra una comunicación entre los empleados de ambas sociedades, existiendo un cruce de información en cuanto a los requerimientos específicos de parte de la denunciante hacia el gerente comercial de la denunciada, donde es quien manifiesta que les hace llegar la oferta económica ajustada a la cantidad de usuarios y a los alcances para cubrir las necesidades de información; así también hace saber que con SAP (es la abreviatura de la expresión alemana *“Systeme, Anwendungen und Produkte in der Datenverarbeitung”*, que traducido significa *“Sistemas, aplicaciones y productos para el procesamiento de dato”*) tendrán el pleno control de sus operaciones.

En dichos correos enviados al gerente comercial de la denunciada, se encuentra –entre otras solicitudes- un cuadro denominado *“producción”*, el *“line check diario”* describiendo algunas de sus especificaciones (fs. 47).

Continuando con la información analizada en dichos correos electrónicos, se distingue que el gerente comercial de INTEGRASAP, S.A. de C.V., manifestó a . . . que el software SAP Business One si podía cubrir la funcionalidad y operatividad que exigían en sus requerimientos y es de esta forma que, según la oferta técnica económica enviada (fs. 22 a 26), se puede vislumbrar que la proveedora denunciada explicó los límites y alcances del software denominado SAP BUSINESS ONE, desglosando cada función y sus detalles conforme a las necesidades solicitadas; y en virtud de lo anterior, se firmaron los contratos de implementación SAP Business One y Licencias SBO en fecha veintiocho de junio de dos mil dieciocho; haciendo alusión el primero de ellos a la oferta técnica económica para . . .

Es así, que el contrato de implementación SAP Business One, especifica que el mismo está compuesto por cinco etapas y en cada una de ellas se encuentran documentos denominados *entregables* los cuales serían brindados al finalizar cada una de las fases. Un aspecto a considerar es que el módulo llamado “LINECHECK” (denominado así por la denunciante), no se encuentra en ninguno de los contratos ni en sus apéndices llamado como tal.

Respecto a los tiempos de proporcionar dichas licencias, según el contrato Licencias SBO, en su numeral 3 denominado *entrega*, establece que: “*El Sublicenciante entregará la media que contiene el Software y la Documentación al Cliente de manera física en un plazo no mayor a 6 semanas a partir de la fecha de la firma por ambas partes del presente instrumento (...)*”.

Adicionalmente, se encuentra en el apéndice al contrato SBO (SAP BUSINESS ONE), en el numeral 5, denominado *entrega*: “*La entrega inicial del Software anteriormente mencionado y la documentación por parte del Sublicenciante al Cliente se hará a más tardar seis semanas después de la fecha en que el Cliente haya pagado al Sublicenciante la totalidad del valor de las licencias de Software y firmado los contratos respectivos.*”.

Bajo la misma línea, según la práctica de reconocimiento de objeto realizada en las bodegas de la denunciante en fecha veintiuno de febrero de dos mil veintidós, se tiene certeza que se encontró en un servidor de dicha sociedad, carpetas que contienen archivos con fechas diez y doce de diciembre del año dos mil dieciocho; hechos que concuerdan con las declaraciones de los testigos señores . . . y . . . ; es decir que, la denunciada tenía como plazo para la entrega de los mismos – según el contrato mencionado- hasta el nueve de agosto del año dos mil dieciocho (6 semanas después de la firma del contrato).

Posteriormente, consta extracción de correos electrónicos -fs. 207 a 208-, y según lo expuesto en la declaración del señor . . . , en fecha 20/08/2018 se realizó la primera etapa de la implementación de SAP Business One, llamado “kick off” (lanzamiento del proyecto).

Luego, haciendo una integración de pruebas contenidas en CD compacto a folios 141 y en dictamen pericial de extracción de correos electrónicos de folios 210 a 214, se encuentran documentos llamados “*minutas*” por parte de la denunciada, en donde hacen constar las agendas de reuniones llevadas a cabo, de fechas 29/08/2018 y 30/08/2018, estableciendo en las mismas temas a tratar como la “*explicación del Linecheck de parte de . . . revisiones técnicas del Excel que contiene el Linecheck, Linecheck para eventos, variaciones, retorno a tienda*”, estando presentes por parte de . . . /., el líder del proyecto, el jefe de inventarios, encargado de calidad/planificación y por parte de INTEGRASAP, S.A. de C.V., el consultor de implementación SAP integraSAP, estableciendo en las mismas los logros y acuerdos de las reuniones: “*Se realiza la explicación del flujo del documento Linecheck utilizado para la cuadratura de inventarios en los restaurantes y; se continua la revisión del Linecheck y se revisa las peculiaridades de la parte de eventos (...)*”, respectivamente a cada fecha citada.

En consonancia con lo anterior, en correo electrónico a folio 230 a 231, titulado “carta RECLAMO a SAP LACA LACA”, de fecha 16/10/2019, enviado por la señora . . .

al gerente comercial de INTEGRASAP, S.A. de C.V., hacen referencia que en septiembre del año dos mil dieciocho tuvieron el primer percance, manifestando que la herramienta esencial para la operación de SAP Business One no tenía la forma de operar “Linecheck” dado que son peculiaridades propias a su negocio las cuales no son adaptables; peculiaridades que se explicaron en reuniones previas a la firma de los contratos y que la denunciada les aseguró que si podrían implementarlas.

Ahora, sobre la base de lo expuesto por el gerente comercial de la denunciada, en correo electrónico de fecha 17/10/2019, agregado al presente proceso administrativo – fs. 55 y 229-, éste manifiesta que se les mostró los alcances generales del “linecheck”, y les pareció que se cumplía con el alcance estándar de *Planificación de Requerimientos de Material*, conocido en sus siglas en idioma inglés como *MRP*; sin embargo, en la implementación de dicho software, en la segunda etapa (análisis de la compañía), verificando la profundidad de dicha herramienta, determinaron que se requería un desarrollo para cumplir a cabalidad dicha necesidad.

Bajo el percance ocurrido en septiembre del año dos mil dieciocho, se localizan unos documentos contenidos en un CD compacto – fs. 141- de fecha 01/10/2018 dirigido al señor . . .

firmado por el señor en el cual ofrecen una propuesta de “Desarrollo de Modulo de Control de Producción”, especificando sus alcances, componentes, condiciones generales, tiempos y cronogramas, costos y forma de pago. Dicha propuesta, se acompaña de un “documento gerencial, aplicativo SAP Business One 9.3 PL03 o superior, Versión Documento: 20-2018-09-17, Aplicativo/Servicio linecheck LACA-LACA”.

El gerente de proyectos de la denunciante – al momento de los hechos- fue de la opinión que es una propuesta bastante alta, partiendo del hecho que ya se les había mostrado el “Linecheck” dentro del alcance de implementación de SAP con lo cual determinaron, como ya se mencionó, que dentro de dicha oferta se podía hacer el requerimiento en su funcionamiento como fue explicado.

De lo antecedente y ante el rechazo de la mencionada oferta por parte de la denunciada decide proponer como desarrollador de dicho módulo – y a un menor costo-, al señor quien es consultor independiente; el cual, suscribió con la denunciante un “Contrato para el desarrollo e implementación de módulos periféricos conectados a SAP Business One” – fs. 191 a 192-.

En este punto, se hace hincapié que, en lo relacionado al vínculo contractual entre y el señor , este Tribunal no se pronunciará sobre estos hechos ya que, como ya se dijo en la valoración de la prueba, no fueron denunciados, por lo que no le compete a esa autoridad conocer sobre los mismos.

Continuando con los documentos llamados “minutas”, se encuentra en CD compacto de fs. 141 y a fs. 253, el documento correspondiente a la aplicación de licencias, estando presentes el IT de , y el consultor de implementación SAP por parte de INTEGRASAP, S.A. de C.V., consignando en logros y acuerdos que se “aplican licencias al servidor de . luego de no poder avanzar con un error se solicita apoyo al departamento de soporte para proceder. Luego del impase, se solventa y se aplican las licencias de manera directa y se genera una base demo a solicitud de .” (en ese momento gerente de proyectos de la denunciante)

Ahora bien, constan minutas antes relacionadas y del año dos mil diecinueve fs. 254 a 272 -, donde se figura – en síntesis -, en minutas relacionadas al 2019, el levantamiento POS, revisión modelo de negocios, reunión wings para contabilidad, entrega de equipo Uniwell, requerimientos adicionales de Gestión de Banco/Finanzas, definición de pasos a seguir en implementación. De lo anterior y en consonancia con el informe de estado de proyecto – fs. 277 a 278 - correspondiente al periodo del 20/08/2018 al 14/06/2019 y lo manifestado por el apoderado de en sus escritos, se realizó un progreso del proyecto del 43% a esa fecha (14/06/2019), delimitando

en dicho documento el alcance general del proyecto inicial y puntos a destacar como los resultados obtenidos y comentarios sobre las actividades realizadas, donde cabe resaltar que después del mes de julio del año 2019 se solicitaron reuniones de seguimiento para la revisión del estatus del proyecto, agendándola y posponiéndola por última vez el 16/10/2019, para que el día 17/10/2019, presentara una carta de reclamo ante el gerente comercial de INTEGRASAP, S.A. de C.V., solicitándole el reembolso de lo pagado.

Por otro lado, está agregada al expediente administrativo el Acta de inicio de proyecto – fs. 393 a 403 – sin firmas, documento llamado *entregable* de la primer etapa de la implementación de SAP BUSINESS ONE.

Asimismo, consta a folios 446 a 448, documento emitido por INTEGRASAP, S.A. de C.V., explicando los archivos de instalación y texto encontrados en el servidor de la denunciante, el cual fue constatado a su integridad en la práctica de reconocimiento de objeto.

Conclusiones:

Por consiguiente y del análisis anterior, este Tribunal no tiene la certeza que la creación del módulo “linecheck” fue explicado a INTEGRASAP, S.A. de C.V., de una forma detenida y profunda, por lo que no se tiene claro de manera precisa en que consiste en la etapa previa a los contratos, ya que en correos electrónicos, no consta que tuvo un desarrollo de especificaciones, solamente aparece nombrado con ciertas peculiaridades en fs. 47; sin embargo, este Tribunal también denota que una vez firmados los contratos, las especificaciones de dicho modulo, se encuentra en una mejor exposición en las minutas de los días 29 y 30 de agosto de 2018. En este punto, debemos hacer notar, que, según las declaraciones vertidas en el presente procedimiento, existieron alrededor de veinte reuniones antes de la firma de los contratos, en las que tanto la proveedora denunciada debió recolectar toda la información tendiente a satisfacer las necesidades que presentaba su cliente y la consumidora debió informar detalladamente sobre las peculiaridades del servicio que requería.

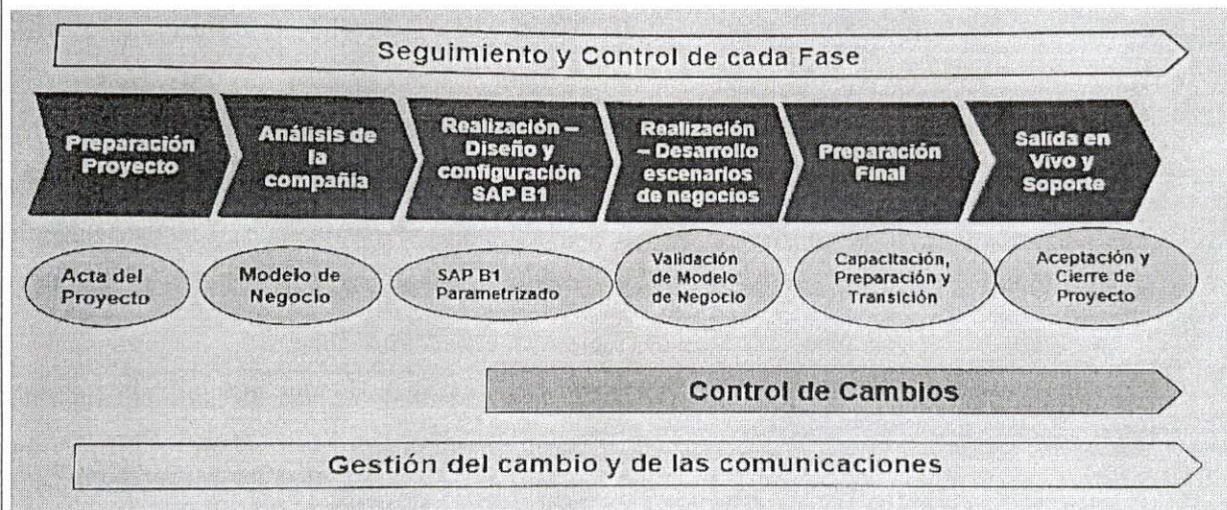
En segundo lugar, respecto a los plazos establecidos para la entrega del software SAP BUSINESS ONE, existe certeza que INTEGRASAP, S.A. de C.V. incumplió con dichas cláusulas; siendo que los archivos de licencias del software mencionados, fueron instalados en el servidor de la sociedad denunciada en fecha 05/12/2018, teniendo como plazo máximo el día 09/08/2018; es decir, 6 semanas después de la firma de los contratos – 28/06/2018-.

Como tercer punto, en cuanto a la instalación del software SAP BUSINESS ONE, este Tribunal solamente cuenta con indicios que dichas licencias fueron instaladas en los servidores de la

consumidora, según se puede verificar en las minutas 20181205 y 20181212 de fechas 05/12/2018 y 12/12/2018 en las que estando presentes un empleado de la consumidora y el consultor de implementación, se hizo constar que se realizó instalación de una nueva instancia de SQL Server 2016 en el servidor virtualizado de _____ y en la siguiente sesión se aplicaron las licencias al servidor de _____, sin embargo, según la constatación de hechos y dictámenes periciales presentados por la consumidora solamente se pudo verificar que existía una carpeta llamada ejecutable.exe, la cual no corría o se cargaba ningún programa, se buscó en el inicio del servidor algún icono o carpeta que abriera el programa, no obstante no se encontró en absoluto, excepto los archivos de instalación y texto explicados de folios 446 a 448.

Y es que, en la lógica de la sociedad consumidora, esperan que al contratar algún servicio – en este caso en concreto de servicios de instalación e implementación del software SAP BUSINESS ONE-, utilizar el mismo y ponerlo en marcha tal y como se había contratado para el manejo de sus operaciones y mejor administración de su negocio, que en este caso cancelaron la cantidad total de USD \$49,238.34.

Como cuarto punto, tampoco se tiene por constatadas las etapas siguientes del contrato de implementación de SAP BUSINESS ONE, que debió llevar esta cronología según folios 316:



Y según lo analizado, el proyecto se llevó a cabo hasta la etapa del análisis de la compañía (segunda etapa), quedando inconclusas demás fases de la implementación del software.

Ahora que se tiene una línea delimitada de los hechos ocurridos, este Tribunal también concluye que la proveedora INTEGRASAP, S.A. de C.V., ha incumplido de forma parcial con

[Handwritten signature and initials]

respecto a los contratos celebrados con ..., por haber ejecutado hasta un 43% del proyecto anteriormente descrito.

Ahora bien, este Tribunal también debe valorar lo contenido en los documentos denominados “minutas” 20190117, 20190130, 20190304, 20190304 de fechas 17/01/2019, 30/01/2019, 04/03/2019 y 24/07/2019 en las que se evidenció en la parte de “Tareas a Realizar” que ciertas tareas presentaban retraso, de las cuales sus responsables eran empleados de la denunciante. Es decir, que no se puede afirmar contundentemente que el atraso generado en el desarrollo del contrato según las etapas antes referidas, sea imputable exclusivamente a la proveedora denunciada.

Finalmente, concluimos que en lo que se tiene certeza es en el incumplimiento de la proveedora denunciada, en cuanto a la entrega extemporánea de los archivos de licencias del software mencionado, ya que según la documentación antes relacionada estos fueron instalados en el servidor de la sociedad denunciada en fecha 05/12/2018 y 12/12/2018, teniendo como plazo máximo el día 09/08/2018; es decir, 6 semanas después de la firma de los contratos.

Con lo anterior, este Tribunal concluye que la proveedora incumplió de manera parcial los contratos de software SAP BUSINESS ONE; siendo que, de las cinco etapas que corresponden a la implementación de dicho software, se llevó a cabo la primera (lanzamiento del proyecto o kick off) incumpliendo lo regulado en el artículo 24 de la LPC y constituyendo la infracción atribuida de acuerdo a lo establecido en el artículo 43 letra e) de la misma normativa.

C. Respecto a las cláusulas abusivas artículo 44 letra e) de la LPC:

Este Tribunal estima conveniente realizar ciertas delimitaciones conceptuales en lo que al tema de cláusulas abusivas en contratos concierne, y cuáles son las circunstancias propias que configuran el cometimiento de la infracción establecida en el artículo 44 letra e) de la LPC.

En primer lugar, esta autoridad hace las siguientes consideraciones:

A. La contratación debe ser libre, es decir, es el resultado de una decisión personal de los contratantes, entendido como el derecho a determinar el contenido del contrato: la forma y modo en que quedarán consignados los derechos y obligaciones de las partes.

La ***libertad contractual o libertad de configuración interna*** —según la doctrina, una de las dos manifestaciones más importantes en el Sistema de Contratación Civil de la autonomía de la voluntad— *es la facultad de determinar libremente los términos y condiciones de un contrato y en*

cuanto se fundamenta en la libertad de la persona, ésta no es una facultad absoluta, sino limitada por el respeto de la libertad, intereses y expectativas de los demás.¹

Tal derecho se encuentra regulado en el artículo 23 de la Constitución de la República —en adelante Cn—, el cual establece: “Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes. Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento. En cuanto a las que no tengan esa libre administración, la ley determinara los casos en que puedan hacerlo y los requisitos exigibles”.

Vinculado al mismo, se encuentra uno de los principios fundamentales del derecho contractual moderno, el *principio de la autonomía de la voluntad* el cual consiste en la posibilidad de que los particulares celebren convenciones de cualquier tipo —aún no reglamentadas expresamente por la ley— cuyos efectos se extienden hasta la libertad que éstos tienen para la determinación del contenido de los contratos, es decir, la libertad para el establecimiento de las obligaciones que de él derivan.

La doctrina sostiene que este se ejercita mediante la constitución o no de relaciones jurídicas, es decir, *a través de actos o negocios jurídicos*, el cual no solo se concreta en crear, modificar o extinguir una relación jurídica, sino que *también posibilita determinar el contenido de la misma*, es decir, establecer los derechos, obligaciones, deberes y objetos, lo que supone precisar el contenido del negocio jurídico que se celebra.²

Ahora bien, en materia de contratos, rige la voluntad de las partes, la cual constituye el vínculo obligacional de fuente contractual, pero tal noción, no es óbice para considerar que el contrato es solo voluntad de las partes y que se encuentra al margen del ordenamiento jurídico, ya que, tal como se señalaba anteriormente, la autonomía de la voluntad no es admitida de forma absoluta, por cuanto tiene restricciones previstas en la ley y otras que se desprenden de las circunstancias o de las situaciones de hecho.

Es menester señalar que en el Derecho contractual tradicional, las relaciones jurídicas nacen de un consentimiento libre y autónomo entre dos o más partes perfectamente identificadas, donde existe la colaboración de ellas en el diseño o configuración del contrato, entendido como *aquel en*

¹ Hernández Fraga, Katuska y Guerra Cosme, Danay (2012) EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONTRACTUAL CIVIL. SUS LÍMITES Y LIMITACIONES. Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa Núm.6. Pág. 31.

² Hernández Fraga, Katuska y Guerra Cosme, Danay (2012) EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONTRACTUAL CIVIL. SUS LÍMITES Y LIMITACIONES. Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa Núm.6. Pág. 30.

*el que la voluntad de los particulares cumple una función más importante ya que su elemento característico, es el consentimiento, o sea el acuerdo libre de la voluntad de las partes.*³

Sin embargo, actualmente las restricciones al principio de autonomía de la voluntad se han hecho mucho más evidentes con el surgimiento de figuras como las condiciones generales de la contratación —cláusulas abusivas—, así como la proliferación de la contratación masiva —contratos de adhesión—, donde no hay negociación y la concertación es despersonalizada, anónima; y la libertad contractual, no existe o se encuentra reducida a su mínima expresión.

Al respecto, la doctrina ha sostenido que las cláusulas generales de contratación se manifiestan cuando *es una parte contratante la que unilateralmente elabora e integra el contenido del contrato, y es la otra la que manifiesta su voluntad de contratar o no bajo estas condiciones*⁴ Asimismo, destaca que los contratos de adhesión, son del tipo de contratos en donde el consumidor *únicamente se adhiere al mismo con condiciones generales, colocando su firma al final del documento forzado por la necesidad de hacerlo para poder obtener el producto o servicio que contrata, viéndose afectados en la falta de libertad contractual para tomar decisiones racionales, la falta de información —asimetría informativa— y claridad sobre el producto, bien o servicio y sobre las condiciones para la celebración del acuerdo.*⁵, señalando que lo peligroso de los mismos es la existencia de cláusulas abusivas, *es decir, aquellas cláusulas que, sin haberse negociado, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato*⁶.

B. Por lo anterior, surge la intervención del Estado, mediante la aplicación de la ley como un importante límite a la autonomía de la voluntad, producto de una necesidad imperiosa de poner barreras a la desigualdad económica existente entre las partes del negocio contractual, la cual de igual forma debe efectuarse sin excesos.

En el caso del Derecho de Consumo, es sobre la base del orden público de protección, que se limita la autonomía de la voluntad para proteger a los consumidores, negando eficacia a ciertas cláusulas contractuales por considerarlas abusivas, con motivo de la vulnerabilidad económica e informativa del consumidor.

³ *Ibidem.* Pág. 28.

⁴ *Ibidem.* Pág. 43

⁵ Herrera-Tapia, Belinha y Álvarez-Estrada, Jassir (2015). El mercado y la libertad contractual de los consumidores en los contratos por adhesión. *Revista Jurídicas.* Pág. 40.

⁶ Gazmuri, Iñigo de la Maza (2019). Contratos por Adhesión y cláusulas abusivas. *Revista chilena de derecho privado.* Pág. 119.

En ese orden de ideas, el art. 17 de la LPC establece un catálogo de cláusulas que se consideran abusivas —no taxativas—, por ir en contra de las exigencias de la buena fe, por causar un perjuicio en el consumidor o un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, lo cual permite, una protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas impuestas por los proveedores del mercado, lo anterior se encuentra relacionado con los artículos 23 y 24 del Reglamento de la LPC.

Y es que, el Derecho del Consumidor tiende a proteger a los destinatarios finales de los bienes y servicios de los efectos dañinos de la asimetría informativa existente en el mercado. Por otra parte, el objeto de las cláusulas generales de contratación o contratos de adhesión es agilizar el tráfico comercial, mejorar la comercialización de los bienes y servicios, reducir costos de transacción y las discusiones contractuales, dada la identidad de los productos colocados en el mercado. No obstante, que los objetos que persiguen son diferentes, las cláusulas generales de contratación o contratos de adhesión deben guardar una estrecha relación con el derecho del consumidor. Ante dicha práctica comercial —contratos de adhesión o cláusulas generales—, inicialmente, el cliente o consumidor se encuentra en una situación de inferioridad con relación al predisponente de las cláusulas, es decir que puede existir en la contratación a base de dichas cláusulas una debilidad del consentimiento, asimilable a un vicio de la voluntad.

El no tener el poder suficiente para establecer el esquema contractual o no tener una considerable información respecto del objeto del contrato, pone a una de las partes en una situación de desventaja frente a la otra. Situación que normalmente, sin la injerencia del derecho al consumidor, podría ser irrelevante con base en la libertad de contratación.

La libertad de contratación está sostenida doctrinariamente en la libertad individual y la autonomía de la voluntad que en la actualidad es reconocida como derecho fundamental en las democracias liberales; sin embargo, se encuentra limitada y regulada por la legislación —Ley de Protección al Consumidor—, con el fin que los derechos de interés público sean respetados. Es decir que, a pesar que la legislación reconozca la libre contratación, este derecho no queda al libre arbitrio. Particularmente, una de las limitantes se verifica en la letra d) del artículo 17 de la Ley de Protección al Consumidor, la cual establece que: «Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, tales como: (...) d) Renunciar anticipadamente a los derechos que la ley reconoce a los consumidores o que, de alguna manera limiten su ejercicio o amplíen los derechos de la otra parte (...)».

Aunado a lo antes apuntado, la LPC dispone que es Tribunal Sancionador en el cumplimiento de su potestad sancionadora conforme a lo regulado en el artículo 79 LPC, el competente para instruir los procedimientos sancionatorios en materia de protección del consumidor —como es el presente caso—, e imponer las sanciones o resolver lo que corresponda, entre otras, tal como lo establece el artículo 83 de la LPC.

De lo anterior, se concluye que el control contra las cláusulas abusivas efectuado por el Tribunal Sancionador se ejercita una vez celebrados el o los contratos y de corroborarse la existencia de cláusulas abusivas, se busca como objetivo dejarlas sin efecto y restablecer el desequilibrio que hayan generado, todo con la finalidad de garantizar en determinadas situaciones un consumo digno y para buscar la corrección de las insuficiencias que afecta el ejercicio de la libertad contractual de los consumidores.

2. Ahora bien, debemos tener en cuenta que se ha presentado por parte de la proveedora denunciada prueba contenida en disco compacto consistente en cruces de correos electrónicos entre Oscar Suarez en su calidad de Gerente Comercial y los señores Gerente General de _____ y Lider de Proyecto de _____, respectivamente, mediante los cuales se puede evidenciar la comunicación previa a la firma de los contratos y en los cuales se solicitó por parte de la consumidora el cambio de una clausula en el contrato, específicamente en la cláusula segunda de “precio y forma de pago”. Ante esto, debemos advertir que la consumidora en efecto tuvo oportunidad de tener a la vista el contrato antes de la firma del mismo, y que se realizaron las modificaciones solicitadas en ese momento respecto a una clausula, es decir, que de no encontrarse de acuerdo con las demás clausulas incorporadas en los contratos y que están siendo señaladas como abusivas, estas pudieron haber sido observadas y solicitar su cambio en el cuerpo del mismo, sin embargo, esto no se realizó por parte de la consumidora.

Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal analizará cada una de las cláusulas denunciadas, con el objeto de determinar si estas pueden calificarse como abusivas, es decir, si han sido impuestas unilateralmente por el proveedor, perjudicando de manera inequitativa a la otra parte, o determinen una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de los contratantes, en perjuicio, por lo general de los consumidores. Es decir, se efectuará un análisis orientado a determinar si las cláusulas sometidas a conocimiento de este ente colegiado son de aquellas que el art. 17 LPC señala como contrarias a las exigencias de la buena fe, capaces de causar en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes:

- **Cláusula décima – Legislación Aplicable y Arbitraje- del contrato de servicios de implementación del software SAP Business One**, que establece: “Las partes manifiestan que se someten a la legislación salvadoreña. Toda desavenencia, diferencia o disputa que surja entre las partes, directamente o en relación con el presente contrato, así como en el incumplimiento, interpretación, terminación o nulidad del mismo, será resuelta por arbitraje salvadoreño y con árbitros ad-hoc designados uno por cada parte, los cuales antes de dar principio a su labor, designarán un tercero para que dirima toda discordia posible. El procedimiento arbitral será el establecido en la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje -en adelante LMCA- y su reglamento. El lugar del arbitraje será la ciudad de San Salvador, El Salvador. Los gastos y costos del procedimiento arbitral estarán a cargo de cada parte en iguales proporciones.”
- **Cláusula 6.17 – Arbitraje- del Apéndice 1 al contrato de licencia de uso para usuario final del sistema software Sap Business One para usuario final**, que establece: “Cualquier controversia, disputa o reclamo que entre las partes, exceptuando el valor de las licencias así como su mantenimiento anual respectivo, directamente o en relación con el presente contrato, así como en el incumplimiento, interpretación, terminación o nulidad del mismo, se resolverá por la vía del arbitraje en El Salvador, de conformidad con lo establecido en este respecto al reglamento vigente sobre la materia en el país. El fallo del tribunal arbitral será definitivo e inapelable por las partes, produciendo cosa juzgada material. Los gastos y costos del procedimiento arbitral correrán por ambas partes iguales.”
- **Cláusula décima inciso segundo del contrato de servicios de implementación del software SAP Business One**, que establece: “El valor de las licencias así como su mantenimiento y soporte anual respectivo (Garantía Tecnológica), no están sujetas a ningún arreglo fuera de este contrato y el pago de este concepto será inapelable.”
- **Cláusula catorce inciso segundo del contrato de licencia de uso y servicios de mantenimiento para el software SAP Business One**, que establece: “La terminación del presente contrato por rescisión, ya sea por voluntad de una o ambas partes, no dará lugar a reclamo de daños y perjuicios ni de indemnización alguna.”
- **Cláusula 6.17 inciso segundo del Apéndice 1 al contrato de software SAP Business One**, establece que: “El valor de las licencias así como su mantenimiento anual respectivo, no están sujetas a ningún arreglo fuera de este contrato y el pago del 100% de este concepto será inapelable.”

Tal como se ha mencionado el art. 23 de la Constitución de la República, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, emitió Inconstitucionalidad en proceso de fecha 30/11/2011 con referencia 11-2010, donde se pronuncia sobre la libertad de contratación, exponiendo que *“La jurisprudencia constitucional ha afirmado que la libertad contractual es una manifestación del derecho general de libertad, entendido este como la posibilidad de obrar o de no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos, así como la real posibilidad de las personas de orientar su voluntad hacia un objetivo, es decir, la facultad de tomar decisiones sin verse determinado por la voluntad de otros, incluido el Estado –Sentencia de 5-VII-2006, Amp. 655-2004–. Desde esa perspectiva, el contenido de la libertad contractual se encuentra fijado por los siguientes aspectos: (i) el derecho a decidir la celebración de un contrato –faceta positiva– o su no celebración –faceta negativa–; (ii) el derecho a elegir con quién contratar; y (iii) el derecho a regular el contenido del contrato, esto es, la incorporación de cláusulas relativas a los derechos y obligaciones de las partes, a las condiciones, a las modalidades de cumplimiento, entre otros – Sentencias de 13-VIII-2002, 20-I-2009 y de 25-VI-2009, Incs. 15-99, 84-2006 y 26-2008, respectivamente–.”*

Ahora bien, dicha Sala también manifestó que “como concreción de la libertad de contratación, la misma disposición constitucional prevé un permiso constitucional específico referido a la forma de solucionar los conflictos surgidos en aquellos aspectos en que las personas tengan la “libre administración de sus bienes”, en las materias civiles y comerciales. En efecto, además de establecer a favor de los sujetos de derecho la libertad de contratar conforme a las leyes, el artículo 23 Cn. señala que: “... [n]inguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento...”. A continuación, se pasará a analizar el contenido normativo de tal enunciado constitucional.

2. Constituye un lugar común en la doctrina del Derecho Arbitral la afirmación de que –en tanto método adjudicativo al que las personas pueden optar para resolver los conflictos surgidos por la inobservancia de los deberes o cargas derivadas de las relaciones contractuales o extracontractuales– el arbitraje se fundamenta en el principio de autonomía de la voluntad. A. De acuerdo con este principio, se reconoce la posibilidad a los particulares para celebrar convenciones de cualquier tipo, incluso las no reglamentadas expresamente por la ley.

Pero, debe aclararse, este principio no se reduce únicamente a permitir la celebración de contratos no tipificados en la ley, sino que sus efectos se extienden hasta la libertad que tienen los

particulares para la determinación de su contenido, es decir, sus cláusulas –Sentencia de 25-VI2009, Inc. 26-2008).

A partir de lo anterior, es viable afirmar que si las personas son libres para poder pactar voluntariamente cualquier tipo de cláusula que incida sobre sus derechos o relaciones jurídicas de carácter disponible, de la misma forma debe garantizárseles un permiso para que puedan optar por cualquiera de los medios lícitos existentes para resolver un conflicto.

En ese sentido, dicha opción abre el paso a la heterocomposición y, dentro de esta, al arbitraje o a la jurisdicción. Por ello, *la autonomía de la voluntad es un elemento fundamental de singular importancia en el arbitraje, pues con base en ella se confiere a las partes la facultad de someter sus controversias de carácter disponible, a la decisión de un árbitro o tribunal arbitral distinto a los jueces y magistrados del orden jurisdiccional.*

De esta forma, la autonomía de la voluntad es el pilar central sobre el que se estructura el sistema de arbitramento en nuestro ordenamiento jurídico, que permite a los sujetos de derecho adoptar reglas que habrán de observarse tanto para decidir someter el conflicto a árbitros y la designación de estos, como para la gestión de un trámite de arbitraje.

B. En este punto, algo que debe ser enfatizado es que la autoridad que los árbitros tienen para dirimir los conflictos que se les someten a su conocimiento se fundamenta en la existencia de un acuerdo de voluntades previo y libre entre las partes enfrentadas, en el sentido de sustraer la resolución de sus disputas del sistema jurisdiccional estatal y atribuirla a particulares.

Según nuestro ordenamiento jurídico –art. 3 letra d) LMCA–, tal acuerdo se denomina “convenio arbitral”, por medio del cual las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan llegar a surgir entre ellas, con respecto a una determinada relación jurídica, de naturaleza contractual o extracontractual. Con base en esta noción legislativa, se puede afirmar que en el sistema jurídico salvadoreño no es admisible la distinción entre el compromiso arbitral – que versaba sobre controversias existentes– y la cláusula compromisoria – que aludía a controversias eventuales o futuras–.

El convenio arbitral desplaza hacia los árbitros la actividad cognoscitiva que correspondería a la jurisdicción y que la Constitución atribuye exclusivamente al Órgano Judicial –art. 172 Cn.–. De esta forma, pactado el arbitraje, ninguna de las partes puede, unilateralmente, dejarlo sin efecto, ya que ellas han asumido una obligación genérica de resolver los conflictos por ese medio, lo que supone, al mismo tiempo, la obligación de abstenerse de acudir a la vía judicial. Consecuentemente, los efectos que dicho acuerdo produce son “positivos” y “negativos”. Los primeros aluden al hecho

de que los interesados adquieren la obligación de cumplir con lo estipulado en el convenio en cuanto a la designación de los árbitros, así como al trámite y al laudo arbitral; los segundos entrañan, por una parte, la imposibilidad que sean los jueces que integran el Órgano Judicial quienes conozcan y diriman la disputa en cuestión –salvo los casos en los que las mismas partes sean las que hayan renunciado expresa o tácitamente al arbitraje, art. 50 LMCA– y, por otra, la posibilidad de que en algún trámite que sea gestionado simultáneamente pueda ser alegada la litispendencia arbitral.

En definitiva, a partir de lo prescrito por el artículo 23 Cn., se concluye que, en principio, la citada habilitación que las personas hacen con respecto a los árbitros es de carácter voluntario, para determinar la procedencia y legitimación de este mecanismo de resolución de controversias.

En virtud de lo anteriormente analizado, este Tribunal concluye que no existen los elementos suficientes para afirmar que las cláusulas examinadas encajan en las denominadas cláusulas abusivas contenidas en el artículo 17 letra d) y h). En otros términos, no se ha comprobado que las estipulaciones contractuales objeto de análisis, son capaces de causar una afectación en la esfera jurídica de la denunciante, al colocarla en desventaja respecto de los derechos y obligaciones de la proveedora. Así, se ha determinado que las cláusulas analizadas, independientemente de su denominación o finalidad, no reúnen los requisitos o aspectos para ser catalogadas como cláusulas abusivas, en consecuencia, al no haberse acreditado los elementos del tipo infractor previsto en el art. 44 letra e), es procedente absolver a la proveedora INTEGRASAP, S.A. de C.V.

VIII. PARÁMETROS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

Habiéndose comprobado fehacientemente que la proveedora cometió la infracción grave regulada en el artículo 43 letra e) de la LPC, es procedente la imposición de la sanción prevista en el art. 46 de la LPC, según los parámetros establecidos en la ley en mención.

Así, el artículo 49 de la LPC establece los criterios para la determinación de la multa, siendo estos: el tamaño de la empresa, el impacto en los derechos del consumidor, la naturaleza del perjuicio ocasionado 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, la reincidencia o incumplimiento reiterado, según sea el caso.

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

a. Tamaño de la empresa.

Al constatar la documentación presentada por la proveedora INTEGRASAP, S.A. de C.V., consistente en formularios de declaración y pago del Impuesto a la Transferencia de Bienes

Muebles y a la Prestación de Servicios del periodo comprendido desde el mes de diciembre del año 2019 a mayo del año 2020; declaración de renta del ejercicio fiscal de los años 2018, 2019 Y 2020, balance general al 31 de diciembre de 2019 y estado de resultados del mismo año, de los cuales se puede colegir que el promedio de ganancias de los años 2018 y 2019 fue de \$125,469.21 dólares de los Estados Unidos de América.

Al contrastar la información financiera de la proveedora, con los tipos de empresas establecidos en los parámetros del artículo 3 de la Ley Mype, este Tribunal concluye que no es posible encajar a INTEGRASAP, S.A. de C.V. en ninguna de las categorías antes citadas, ya que la misma cuenta con ingresos superiores a los regulados por dicha ley, por lo que, tal aspecto será considerado para la cuantificación de la multa, guardando el equilibrio entre la finalidad disuasoria de la sanción pecuniaria y el principio de proporcionalidad de dicha medida, por lo que se le considerará como una *mediana empresa*.

Cabe mencionar, 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 (art. 17 número 5 de la LPA), por haber presentado la información solicitada por esta autoridad sancionadora.

b. Impacto en el derecho del consumidor.

En el presente caso, con la infracción grave derivada de la omisión de la proveedora, al no prestar los servicios en los términos contratados, se establece que esto le ocasionó un menoscabo económico directo a la sociedad denunciante, ya que pagaron en concepto de licencias e implementación del software SAP BUSINESS ONE y el mantenimiento anual del año 2019, no cumpliendo la proveedora con su obligación, pues ha quedado establecido la extemporaneidad en la entrega de dichas licencias en los servidores de la denunciante, tampoco se llevó a cabo todas las etapas que comprenden la implementación del mencionado software.

c. La naturaleza del perjuicio ocasionado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores.

El cometimiento de la infracción de la proveedora, ocasionó un perjuicio de naturaleza patrimonial a la sociedad denunciante, cuya afectación se cuantifica con la cantidad de \$49,238.34 dólares de los Estados Unidos de América que pagaron en concepto del servicio en referencia.

d. Grado de intencionalidad –dolo o culpa– con la que procedió el 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 trasgresión a la norma haya sido o se deba a la

imprudencia o negligencia del sujeto. Por ello, la existencia de un nexo de culpabilidad constituye una condición para la configuración de la conducta sancionable.

Así, la proveedora actuó con negligencia, ya que entregó los servicios de manera extemporánea, al haberse comprometido a entregarlo en un tiempo menor, así como no desarrollo las etapas de la implementación del software SAP BUSINESS ONE.

IX. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA MULTA

Tal como se expuso en el apartado VII.C de esta sentencia, la proveedora cometió la infracción grave regulada en el artículo 43 letra e) de la LPC, al incumplir con la prestación del servicio contratado.

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. Al respecto, es importante señalar 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).

Ahora bien, considerando los principios de disuasión, proporcionalidad y razonabilidad que deben sustentar la imposición de la sanción, y al haberse advertido 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 sea requerida para el buen desarrollo de los procedimientos (art. 17 número 5 de la Ley de Procedimientos Administrativos – LPA-), dicha circunstancia será tomada en cuenta para modular la multa a imponer.

Por consiguiente, y en virtud del impacto en el derecho de la sociedad denunciante, la naturaleza del perjuicio ocasionado o grado de afectación a la misma (\$49,238.34) y el grado de intencionalidad con la que procedió la infractora, este Tribunal impone a INTEGRASAP, S.A. de C.V. por el cometimiento de la infracción estipulada en el art. 43 letra e) de la LPC, *por no prestar los servicios en los términos contratados*, en relación con el artículo 24 de la misma ley, una multa de **SIETE MIL DIECISEIS DÓLARES CON DIECINUEVE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$7,016.19)**, equivalentes a 23 salarios mínimos mensuales urbanos en la industria con dos días de salario mínimo mensual urbano en la industria; multa que representa el 11.5 % dentro del margen estipulado por ley como consecuencia para la comisión de tal infracción –200 salarios mínimos urbanos en el sector industria–, siendo, a juicio de este Tribunal, proporcional a la gravedad que comportan los hechos, según las circunstancias objetivas y subjetivas previamente analizadas.

X. REPOSICIÓN DE LA SITUACIÓN ALTERADA

La sociedad denunciante solicitó en su denuncia la *devolución del dinero pagado*, en razón de ello, es necesario señalar lo siguiente:

A. Concerniente a la reposición de la situación alterada por la conducta infractora, la letra c) del artículo 83 de la LPC, expresamente señala que dentro de las atribuciones de este Tribunal se encuentra: “(...) c) *Ordenar al infractor, en los casos de afectación a intereses individuales, colectivos o difusos, la reposición de la situación alterada por la infracción, a su estado original. Entre las medidas para lograr la reposición de la situación alterada podrán ordenarse, la sustitución del bien; la devolución de lo cobrado indebidamente o la rebaja del precio (...)*”.

B. Siguiendo el mismo orden de ideas, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia —SC—, por medio de sentencia definitiva pronunciada en el proceso de amparo referencia 111-2002, señaló que “*La restitución de las cosas al estado en que se encontraban antes de la violación, no debe entenderse únicamente desde el punto de vista físico, sino desde una perspectiva jurídica-patrimonial, como efecto directo de la sentencia estimatoria*”.

En el mismo sentido, la Sala en mención, en la sentencia definitiva dictada en el proceso de amparo referencia 73-2000, afirma que, “*reconocida la existencia de un agravio en la esfera jurídica del demandante, la consecuencia lógica es reparar el daño, restaurando las cosas al estado en que se encontraban antes de la ejecución del acto violatorio de derechos.*” Agrega que las sentencias pueden tener distinto carácter, dependiendo del soporte jurídico y fáctico de la pretensión.

De igual forma, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia —SCA—, por medio de la sentencia definitiva pronunciada a las diez horas treinta minutos del diecinueve de mayo del año dos mil ocho, en el proceso referencia 130-2006, afirmó que el objeto de la normativa de consumo hace referencia a la protección de los derechos de los consumidores, a efecto de procurar el equilibrio, certeza, y seguridad jurídica en las relaciones de consumo con los proveedores.

En respeto al principio de legalidad y con la finalidad de darle cumplimiento al artículo 101 de la Constitución y a los principios y directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor, a que ante los hechos acaecidos a partir de la fecha de entrada en vigencia de la LPC reformada, y ante una eventual resolución definitiva estimatoria a la pretensión de los consumidores, este Tribunal está obligado por ley a ordenar la reposición de la situación alterada por la infracción, según lo dispuesto en el artículo 83 letra c) de la LPC.

C. Conforme al artículo 4 letra i) de la LPC la titularidad del derecho a elegir entre la reducción del precio, el cambio de producto o la devolución de lo pagado le corresponde al consumidor como un derecho irrenunciable de acuerdo al artículo 5 de la misma ley, es procedente ordenar la reposición de la situación alterada de conformidad a la pretensión del consumidor, la cual consiste en: *la devolución de lo pagado por el servicio no prestado.*

Por consiguiente, y en virtud de lo expuesto en el presente apartado, este Tribunal considera procedente *ordenar a la proveedora INTEGRASAP, S.A. de C.V.*, la devolución del porcentaje restante del proyecto no finalizado, equivalente al 57% del 100%, de la cantidad pagada por la sociedad denunciante (\$49,238.34), en concepto de licencias e implementación del software SAP BUSINESS ONE y mantenimiento anual del año 2019,- la cantidad de **VEINTIOCHO MIL SETENTA Y CUATRO DÓLARES CON NOVENTA CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$28,074.90)**, equivalentes a noventa y dos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria con nueve días de salario mínimo mensual urbano en la industria.

XI. DECISIÓN

Por todo lo expuesto, y sobre la base del artículo 101 inciso segundo de la Constitución de la República; artículos 43 letra e), 46, 49, 83 letras b) y c), 146, 147 y 149 de la Ley de Protección al Consumidor; y, artículos 216 inciso 2º y 416 del Código Procesal Civil y Mercantil y 17 número 5 de la Ley de Procedimientos Administrativos, este Tribunal **RESUELVE**:

- a) *Sanciónese* a **INTEGRASAP, S.A. de C.V.**, con la cantidad de **SIETE MIL DIECISEIS DÓLARES CON DIECINUEVE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$7,016.19)**, equivalentes a 23 salarios mínimos mensuales urbanos en la industria con dos días de salario mínimo mensual urbano en la industria; (según Decreto Ejecutivo N° 6 del 21/12/2017, D.O. No.240, Tomo 417 del 22/12/2017), por la comisión de la infracción regulada en el artículo 43 letra e) de la LPC, por no prestar los servicios en los términos contratados, respecto de los hechos denunciados por la denunciante .
- b) *Absolver* a la proveedora **INTEGRASAP, S.A. de C.V.**, de la supuesta comisión de la infracción consignada en el artículo 44 letra e) en relación al artículo 17 letra d) y h) de la Ley de Protección al Consumidor, conforme al análisis expuesto en el romano VII. C de la presente resolución.

c) *Ordénese* a la proveedora **INTEGRASAP, S.A. de C.V.**, la devolución del porcentaje no finalizado del proyecto de implementación del software SAP BUSINESS ONE, conforme a lo pagado por la denunciante /., la cantidad de **VEINTIOCHO MIL SETENTA Y CUATRO DÓLARES CON NOVENTA CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$28,074.90)**.

La presente resolución deberá ser cumplida dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación respectiva, debiendo comprobar su acatamiento a este Tribunal dentro del plazo indicado. La multa impuesta deberá hacerse efectiva en la **Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda**, dentro del referido plazo; 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 conforme a los procedimientos comunes.

d) *Ordénese* a la Secretaría de este Tribunal certificar la presente resolución a la sociedad para las acciones legales que estime conveniente.

Notifíquese.

INFORMACIÓN SOBRE RECURSO

Recurso procedente de conformidad al artículo 132 y 133 de la Ley de Procedimientos Administrativos: Reconsideración

Plazo para interponerlo: 10 días hábiles contados a partir del día siguiente a la notificación de la presente resolución.

Lugar de presentación: Oficinas Tribunal Sancionador, 7ª. Calle Poniente y Pasaje "D" #5143, Colonia Escalón, San Salvador.

Autoridad competente: Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor

Castro
José Leoisick Castro
Presidente

Zelaya
Pablo José Zelaya Meléndez
Primer vocal

Ramírez
Juan Carlos Ramírez Cienfuegos
Segundo vocal

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

Ah/MIP

[Signature]
Secretario
del Tribunal Sancionador