

87-23M2-2009

CAMARA PRIMERA DE LO CIVIL DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO, San Salvador, a las doce horas diez minutos del día diecinueve de octubre de dos mil nueve.

Vista en apelación de la Sentencia Definitiva pronunciada por el Juez Segundo de lo Mercantil de esta ciudad, a las quince horas y veinte minutos del día veintidós de junio de dos mil nueve, en el proceso Sumario Mercantil de Reclamación de Daños y Perjuicios, promovido por el Doctor PORFIRIO DIAZ FUENTES, mayor de edad, Abogado de este domicilio, actuando en su calidad de Apoderado General Judicial de la Sociedad INMOBILIARIA FLOR BLANCA, S.A. de C.V.; contra la institución bancaria SCOTIABANK EL SALVADOR, SOCIEDAD ANONIMA.

Han intervenido en Primera Instancia, el Doctor PORFIRIO DIAZ FUENTES, en el carácter antes mencionado, y el Licenciado RENE ALFONSO PADILLA Y VELASCO, como Apoderado General Judicial de la sociedad demandada; y en Segunda Instancia han intervenido, como parte apelante el Doctor ANGEL GOCHEZ MARIN, el Licenciado RENE ALFONSO PADILLA Y VELASCO, y el Licenciado REYNALDO ERICK CABRERA MONTALVO, y el Doctor PORFIRIO DIAZ FUENTES y el Licenciado JOSE OSMÍN VISCARRA GOMEZ, como parte apelada.

El fallo dictado en Primera Instancia literalmente dice: "POR TANTO:[...] a) DECLARASE QUE NO HA LUGAR A LA EXCEPCIONES DE INEPTITUD E IMPROPONIBILIDAD DE LA DEMANDA interpuestas por el licenciado RENE ALFONSO PADILLA Y VELASCO como Apoderado de SCOTIABANK EL SALVADOR, S.A., b) HA LUGAR EL INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO por parte de SCOTIABANK EL SALVADOR, S.A., respecto del contrato de apertura de crédito celebrado a las quince horas del día cuatro de septiembre del año mil novecientos noventa y ocho; en consecuencia, dicha institución debe responder por los daños y perjuicios, a favor de la sociedad INMOBILIARIA FLOR BLANCA, S.A. por la cantidad de VEINTICUATRO MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS DIECISIETE COLONES CON TREINTA Y DOS CENTAVOS, o su equivalente en dólares de los Estados Unidos de América, es decir la cantidad de DOS MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN MIL SEIECIENTOS NOVENTA Y SEIS DOLARES CON VEINTISÉIS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA que comprenden los siguientes puntos: por el lucro cesante por incumplimiento

contractual de SCOTIABANK EL SALVADOR, S.A., la suma de DOS MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y DOS MIL SETECIENTOS TRES COLONES CON CUARENTA Y NUEVE CENTAVOS, por el daño emergente por uso indebido de fondos provenientes de pagaré, la suma de DOS MILLONES TREINTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS COLONES CON NOVENTA Y TRES CENTAVOS, por el daño emergente por manejo indebido de fondo de cuenta de ahorros, la suma de DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SEIS COLONES CON NOVENTA CENTAVOS, y por los daños morales, la suma de VEINTE MILLONES DE COLONES, haciendo la suma total que anteriormente se menciona y c) Condénase a la parte demandada al pago de las costas procesales generales en esta instancia. HAGASE SABER"""".

LEIDOS LOS AUTOS

Y CONSIDERANDO:

I) El actor en su demanda de fs.1 al 7 de la pieza principal, entabló una demanda ante el Juzgado Segundo de lo Mercantil de San Salvador, expresando sintéticamente sobre los hechos reclamados que su representada suscribió un contrato de crédito el día cuatro de Septiembre de mil novecientos noventa y ocho, con la institución bancaria denominada AHORROMET SCOTIABANK, S.A., por la suma DOCE MILLONES OCHOCIENTOS VEINTISIETE MIL NOVENTA Y CUATRO COLONES SETENTA Y CINCO CENTAVOS, el cual sería destinado contractualmente para cancelación de préstamo con la misma institución bancaria número *trescientos sesenta y uno-doscientos sesenta y seis-cinco*, y para la Urbanización y construcción de CIENTO DIECISÉIS viviendas en Acajutla, departamento de Sonsonate, del proyecto habitacional denominado BRISAS DE ACARSTLA, cuyo préstamo fue identificado por el referido banco con el número *trescientos veinte-cero cero cuatrocientos noventa y seis-cuatro*; estipulándose que sería entregado por medio de retiros parciales de acuerdo al avance físico de la obra. Que el día treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, SCOTIABANK EL SALVADOR, S.A., antes AHORROMET SCOTIABANK, S.A., efectuó un desembolso parcial del crédito referido, por medio de la emisión de un pagaré identificado con el número CERO SEIS, a cargo de Inmobiliaria Flor Blanca, S.A. de C.V. por la suma de DOS MILLONES TREINTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS COLONES NOVENTA Y TRES CENTAVOS, suscrita por su representante Legal en la creencia que el destino de los fondos amparados por el referido título valor, serían aplicados al desarrollo del

proyecto de construcción de viviendas mencionados, tal como se había convenido en el contrato de crédito aludido. El Banco de forma inconsulta y violando el destino contractual del crédito y el derecho de disposición, aplicó el producto del retiro a cancelar obligaciones a favor del Banco y a cargo de las sociedades URBANIZADORA MADRETIERRA, S.A. D E C.V., VILLA R S.A. DE C.V. y COURBAN, S.A. DE C.V., entes jurídicos distintos y que en ningún momento era beneficiarias del crédito en referencia; es decir, que con ello el banco dispuso los fondos a fines distintos de los estipulados en el contrato de préstamo. Y tales acciones, constituyeron violaciones contractuales de parte del Banco, Art.1105 C.Com., e incumplimiento de obligaciones que le correspondían, dado que no puso a disposición del acreditado la cantidad de dinero amparada en el pagaré cero seis, sino que los aplicó a destino diferente en beneficio del mismo Banco infractor; siendo esta actitud delictiva además, las cuales han generado graves perjuicios económicos y morales a su Cliente. Por otra parte, manifiesta que su representada por medio de correspondencia el día diez de octubre de dos mil, le dio instrucciones al Banco demandado sobre el uso de los fondos depositados en la cuenta de ahorros número uno-cero dos-uno dos cero cero nueve cero-dos a nombre de IFB, indicándole que debían ser aplicados una parte a cancelar el préstamo referencia 320-00512-8, y lo restante para continuar con el proceso de construcción del proyecto Brisas de Acajutla, pero el día veintinueve de diciembre de dos mil, el Banco les informó que los fondos retenidos en dicha cuenta habían sido aplicados al pago de intereses de varios créditos a cargo de la sociedad COURBAN, S.A. de C.V., que como antes se ha señalado, es un ente jurídico totalmente distinto de su Representada y que en ningún momento era propietario ni beneficiario de esa cuenta, esto en contravención a las instrucciones y sin autorización dadas por la sociedad demandante. Asimismo, expresa que el Banco es el depositario de los bienes que se le entregan en forma de cuenta de ahorros, por lo que estaba en la obligación legal de guardar, conservar y custodiar los bienes dados en depósito, en este caso dinero y restituirlos en la misma especie, Arts.1972 y 1186 C.Com., quién respondería hasta la culpa leve, ya que la institución Bancaria depositaria tiene interés personal en el depósito, desde el momento que goza del derecho a hacer uso de tales bienes depositados. Art.42 C.C. y Art.947 C.Com. Argumenta, que en ambos casos descritos, fue violada la confianza y la buena fe de su representada IFB por parte de la Institución depositaria, al aprovecharse de un pagaré firmado con base en la confianza que debería existir entre el Banco y Cliente; todo lo cual, provocó graves perjuicios económicos y morales a su Patrocinada. Sobre el fundamento de su reclamo, se

expresa que no sólo se ha violado las disposiciones emanadas del contrato, al aplicar los fondos disponibles a favor de su representada a fines distintos de los convenidos en el referido contrato de préstamo, aplicándose el producto a operaciones a favor de otras personas jurídicas diferentes a ellas, sin vinculación legal, ni contrato previo, ni autorización; si no que también ha violado la Ley al incumplir la principal obligación del Banco depositario, que es la custodia y restitución de los fondos depositados, y lo más grave era que con tal acto el propio Banco se vio beneficiado al recibir tales pagos. Art.201 Ley de Bancos. La indemnización de los daños y perjuicios tiene su fundamento legal en las disposiciones contenidas en el Código Civil. Arts.1308, 2035, 2065 y 1427 C.C.. Que en lo que respecta al Daño Emergente y Lucro Cesante, estima que en el primer rubro, por haber tomado el banco en forma inconsulta el saldo del crédito destinado para la construcción de las viviendas del proyecto Brisas Acajutla, provocó que todo el proyecto se descapitalizara y consecuentemente se llegara a la paralización del mismo, por lo que el perjuicio directo, inmediato y cierto provocado, asciende a la suma de DOS MILLONES TREINTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS COLONES NOVENTA Y TRES CENTAVOS, que el Banco en forma ilegal y en franca violación del contrato destinó a fines distintos de los previstos. El valor estimado de los daños, en concepto de lucro cesante, debe entonces corresponder a la contribución proyectada o sea a las utilidades logradas a la fecha de paralización de las obras, que ascendía a la suma de DOS MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y DOS MIL SETECIENTOS TRES COLONES CUARENTA Y NUEVE CENTAVOS, de las cuales en definitiva se vio privada IFB. Que además constituye Lucro cesante la iliquidez que provocó el manejo indebido de los fondos de la cuenta de ahorros por parte del Banco, cuyo monto asciende a DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SEIS COLONES NOVENTA CENTAVOS. Además debe tomarse en cuenta los daños morales, se afectó no sólo su patrimonio, si no, a raíz de todo los atrasos y la insolvencia económica surgido en los proyectos en mención, su buen nombre, su calificación bancaria, su credibilidad crediticia y su eficiencia se ha visto también afectada; al grado que desde aquella época no ha podido realizar el giro ordinario de sus negocios, impidiéndole así el derecho al trabajo y a los consecuentes beneficios que de él se derivan, por lo que también era procedente hacer la reclamación de los daños morales o extrapatrimoniales resultantes, los cuales se estimaban en VEINTE MILLONES DE COLONES. Y en ese sentido solicitó la indemnización por los daños y perjuicios por una suma total de VEINTICUATRO MILLONES

OCHOCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS DIECISIETE COLONES TREINTA Y DOS CENTAVOS.

Después de haber evacuado una serie de prevenciones por la parte actora, el juez: A quo, por resolución de las nueve horas del día once de julio de dos mil tres, admitió la demanda interpuesta contra el banco Scotiabank S.A., y por tanto, ordenó emplazar por el termino de Ley a la demandada mediante su representante legal señor Luis Tomás Ivandic.

Luego, habiéndose emplazado en legal forma a la parte demandada, según consta a fs.126p.p., el abogado RENE ALFONSO PADILLA Y VELASCO, compareció al proceso en su carácter de Apoderado General Judicial de la Sociedad Scotiabank S.A., contestando la demanda en su contra en sentido negativo y alegando la excepción de Ineptitud de la Demanda por falta de definición en la Responsabilidad reclamada.

El Juzgado tuvo por parte al acotado profesional en el carácter en que comparecía y por contestada la demanda en sentido negativo; teniéndose por opuesta la excepción perentoria alegada.

Se abrió a pruebas el presente proceso por el término legal, periodo en el cual la parte actora produjo la siguiente prueba documental: a) Testimonio de la Escritura Pública de Préstamo Mercantil suscrito entre la actora y el banco demandado, b) Fotocopia de Pagaré número cero seis suscrito por el representante legal de inmobiliaria Flor Blanca, S.A. de C.V., el día treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, c) Fotocopia del recibo emitido por Ahorromet Scotiabank, S.A., a favor de Urbanización Madretierra, S.A. de C.V., d) Fotocopia de recibo a nombre de Villa R, S.A. de C.V., con fecha treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, por un valor de Cuarenta y un mil setenta y un colones veintiocho centavos, e) Fotocopia con sello de recibido de la carta enviada por la parte actora al Banco demandado, con fecha diez de octubre de dos mil, f) Fotocopia del facsímil enviado por Ahorromet Scotiabank, S.A. con fecha veintinueve de diciembre de dos mil en la que se informa la aplicación de fondos a deudas de Co-Urban, S.A. de C.V., g) Cuenta jurada que especifica y estima los daños reclamados, h) Resolución emitida por la Superintendencia del Sistema Financiero i) Original de recibo emitido el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y ocho lo cual constituye prueba del uso indebido de los fondos del préstamo, j) Original del recibo de fecha treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, por un monto de Cincuenta y un mil seiscientos colones, k) Original de Factura número cero cuatro mil ciento sesenta y cuatro, de fecha treinta y

uno de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, en concepto de abono a préstamo número trescientos cuarenta- cero cero cincuenta y dos-seis, a nombre de Urbanizadora Madre Tierra, S.A. de C.V. por un monto de Un Millón ochocientos sesenta y seis mil doscientos cuarenta y dos colones noventa y seis centavos, L) Original del pagaré firmado por Inmobiliaria Flor Blanca, S.A. de C.V., el día treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, por la suma de Dos millones treinta y seis mil cuatrocientos sesenta y seis colones noventa y tres centavos, m) Original del dictamen emitido por el contador y auditor externo de la actora. Por otra parte, la actora impetro la exhibición de ciertos documentos importantes relacionados con el objeto de su pretensión que se encontraban en poder de la sociedad demandada, solicitando además que el señor Juez se hiciere acompañar por peritos contables.

Por resolución de las doce horas y cincuenta minutos del día nueve de junio del año dos mil cinco, a fs.193p.p., el Juez por la naturaleza de la diligencia a efectuar y de conformidad a lo establecido en los Arts.347 y 344 Pr.C. previno a las partes para que en forma unánime y espontánea propusieran el nombre de dos peritos para la intervención de la diligencia por él señalada.

No obstante, en atención a las circunstancias no pudo proponerse el profesional en la materia para realizar la diligencia de exhibición de documentos, por lo que fue nombrado de oficio por el Juez a quo; y una vez juramentados los peritos se procedió a realizar la diligencia a las diez horas del día trece de septiembre de dos mil seis.

De fs.246 al 262 p.p., consta agregado el primer informe pericial rendido por los profesionales contables, y posteriormente, el juzgador tácitamente ordenó la ampliación de la exhibición de documentos y por ende del peritaje que recaería sobre los mismos, tal como consta a fs.309,342 y de fs.343 al 350 p.p.

El Juicio quedó listo para pronunciar sentencia, la cual se pronunció en fecha veintidós de junio de dos mil nueve.

Sentencia con la cual, la parte demandada no estuvo conforme por lo que apeló para ante esta Cámara. A fs.375 p.p.

II) Admitido el recurso de apelación, se corrió traslado al apelante y al expresar agravios manifestó en lo esencial: "La determinación de los daños y perjuicios es un requisito para la procedencia de la indemnización, puesto que si no se han causado efectivamente los daños, no existe la obligación de reparar.[...] lo que nos lleva a pensar inequívocamente la necesidad de

probar los daños y perjuicios[...] es necesario aún que se pruebe que efectivamente se generaron los perjuicios alegados y su cuantía para condenar a nuestra representada a la indemnización, siendo que en el caso de autos no existe prueba alguna que demuestre la existencia de los supuestos daños reclamados[...] el contrato presentado en original lo que prueba es el vínculo contractual, nada más, lo que confirma la ineptitud de la demanda, por cuanto ha debido exigir la resolución del contrato por incumplimiento del mismo con indemnización de perjuicios, pero no reclamar un supuesto cuasidelito civil. La existencia del contrato no conlleva necesariamente su incumplimiento, ni su incumplimiento implica automáticamente la existencia de los daños y perjuicios, ni, finalmente la existencia de los daños establece su monto. Todos estos extremos deben ser comprobados por los medios de prueba pertinentes, lo que no se ha hecho en esta causal...] la sentencia apelada es injusta por lo que deberá revocarse, pronunciándose la conveniente, que es absolver a la sociedad demandada por falta de prueba sobre la existencia y la cuantía de los daños y perjuicios reclamados.[...] El descrédito en el buen nombre o la fama comercial constituye una cuestión de hecho y de tipo económico que debe probarse, tanto en su causa como en sus efectos(relación causal) generalmente se prueba por medio de la identificación de los negocios que se vieron afectados o se dejaron de realizar. Por lo tanto, no habiendo aportado la prueba pertinente sobre este punto, no procede su declaración. De igual manera, la calificación crediticia en el sistema financiero también es una cuestión de hecho que no se ha probado por los medios idóneos, razón por la cual no se puede acceder a lo pretendido. [...] en esta parte, la sentencia recurrida es contraria a la Ley expresa y terminante, en este caso el Art.1427 C.C., por lo que deberá anularse y en su lugar pronunciar la conveniente, que es declarando la improcedencia de la indemnización del daño moral. En todo caso, también esta pretensión de daños morales está prescrita por tener su origen en contratos mercantiles, puesto que tiene como plazos de prescripción dos años y seis meses respectivamente; además, es una pretensión subordinada a la pretensión de daños y perjuicios de carácter patrimonial y prescrita ésta aquella corre la misma suerte.[...] En efecto, según el párrafo antes transcrito de la sentencia impugnada, el señor Juez a quo sostiene que es procedente acceder a la demanda que no se ha presentado prueba que desvirtúe ni redarguya de falso las pruebas presentadas por el actor, lo que es violatorio del Art.237 Pr.C. que dispone que la carga de la prueba incumbe al actor, no correspondiendo a la parte que representamos desvirtuar las pruebas presentadas si con ellas no se prueban la existencia ni la cuantía de los daños y perjuicios reclamados. [...] la mera

presentación de la prueba del contrato y la cuenta jurada no constituyen prueba del suceso o acaecimiento de los daños alegados, ni se comprueba con ellos su naturaleza ni monto, por lo que nuestra representada nada tiene que desvirtuar respecto de una prueba que les es inocua. [...] nos ocupa hacer referencia al informe pericial emitido...que constituyó la principal prueba sobre la existencia de daños y perjuicios a Inmobiliaria Flor Blanca, S.A. de C.V., así como la cuantificación de los mismos, siendo tomada en consideración por el Juez A quo para emitir su sentencia condenatoria, lo cual queda en una presunción ya que, como exponemos en este escrito, no existe consideración o valoración alguna respecto de las pruebas existentes en el proceso en dicha sentencia[...] es necesario que vuestra autoridad tenga claro cuál fue la petición específica hecha por la sociedad demandante, es decir lo que se ha solicitado de forma puntual fue la exhibición de los documentos enumerados en dicho escrito...nunca se ha hecho mención alguna acerca de que se pretendía probar con esos documentos o cual era el objeto de la exhibición[...] igualmente es importante que tengáis presente y claro que fue lo ordenado por el Tribunal ante el requerimiento hecho por el doctor Díaz Fuentes.[...] comienza a existir una confusión en la diligencia, pues ha quedado claro que la sociedad demandante solicitó la exhibición de documentos y efectivamente eso fue lo ordenado por el Juez A quo, siendo evidente que en ningún momento en el proceso se ha hablado de una inspección por peritos, que aún cuando las partes nunca la han solicitado, sabemos que el Juez podría ordenarla incluso de oficio, si considera que con ello se ayudará a establecer la verdad en el proceso, pero resulta que esto tampoco ha sucedido, es decir, nunca el Juez ordenó una inspección por peritos, existiendo desde ese momento una clara diferencia entre lo pedido, lo ordenado y lo realmente realizado.[...] además de los documentos solicitados por el doctor Díaz Fuentes, otra serie de documentos, los cuales dicho sea de paso, fueron requeridos por los peritos y no por el Juez...entre los cuales muchos de ellos, especialmente registros contables y no contables, no tenían nada que ver con el objeto sobre el cual recaía la prueba, es decir, no eran documentos que estaban estrictamente vinculados al crédito que nuestra representada había otorgado a inmobiliaria Flor Blanca, S.A. de C.V.[...] La peritación o prueba pericial, requiere para su eficacia o validez entre otras cosas, que exista un encargo judicial previo sobre los puntos específicos, en que deban pronunciar su dictamen y que sea realizado por personas calificadas en razón de su técnica, su ciencia o sus conocimientos de arte, es decir de su experiencia en materias que no son conocidas por el común de la gente...la eficacia y validez de la prueba

pericial se ve afectada cuando habiéndose señalado o encargado los puntos específicos, los peritos dictaminen sobre cosas distintas...con mucha más razón lo será cuando ello no haya ocurrido, es decir, cuando el encargo judicial previo no exista.[...] que si la prueba pericial aportada en un proceso carece de eficacia probatoria, por cuanto se basa en el análisis de hechos no sometidos a sus conocimientos, con mucha más razón lo es cuando ni siquiera existe providencia judicial que designe a los peritos los términos de su encargo...porque en el primer caso, excede los límites del mandato o encargo judicial, precisamente porque equivale a que no existe dicho encargo, que es el caso que nos ocupa. [...] el Juez nunca les encomendó a ellos nada que diera pauta para concluir cual debió ser el contenido de un informe, ellos tampoco estaban encomendados para investigar nada, ni inspecciones en el proyecto y mucho menos estaban facultados para hacer comentarios o conclusiones.[...] no fue posible determinar el resultado real del proyecto, y segundo, que la cantidad en concepto de lucro cesante es la citada por ellos, sin que se conozca cual fue la base para llegar a dicha conclusión, todo lo cual además, nunca fue parte de mandato alguno a los peritos por parte del señor Juez.[...] sobre las conclusiones que hay un exceso en la labor de los peritos...no era más que acompañar al Juez en la diligencia de exhibición de documentos, pues aún cuando al final del acta levantada al momento de apersonarse la señora Jueza...se exprese que la documentación en ese acto es puesta a disposición de los peritos quienes deberán rendir su respectivo dictamen en un plazo prudencial, la verdad es que, los mismos ni siquiera sabían sobre lo que tenían que dictaminar.[...] que el proceso es el medio para justificar los montos reclamados, en ese sentido las cantidades señaladas en la "cuenta jurada" sirven esencialmente como una guía para el Juez en el momento de valorar las probanzas y como hemos dicho, no puede ser, en modo alguno, considerada como prueba única [...] El fallo desde ninguna óptica puede dictarse, si el juzgador carece de elementos que lo lleven a una conclusión legal y justa. [...] En el caso que nos ocupa, es de gran importancia pensar como el Juez estableció la prueba que determine, por ejemplo, los daños morales reclamados, la respuesta está a la Luz, no la hay. [...] En consecuencia, siendo el criterio del señor Juez a quo contrario a la Ley expresa y terminante, la sentencia deberá anularse y en su lugar pronunciarse la conveniente. [...] De lo expuesto puede concluirse, de un modo general, que existiría de parte de un juzgador violación constitucional al derecho a la protección jurisdiccional por la falta de exposición de las razones de una decisión... [...] La falta de motivación o una motivación carente de seriedad, vulneran el principio de legalidad. La

motivación falta cuando no existe ninguna, buena o mala, porque el juzgador no consignó por escrito sus argumentos, pero también falta si no razona o razona indebidamente. [...] Como fácilmente puede advertirse, el tribunal de primera instancia nada dijo sobre las excepciones de prescripción e ineptitud de la acción derivada del contrato de depósito en cuenta de ahorros planteados por nuestra representada. Consecuentemente, el juez a quo dictó un fallo incongruente respecto de la contrapretensión, ya que omitió hacer declaración alguna en lo tocante a las excepciones opuestas y alegadas, las cuales como se ha dicho fueron admitidas por el mismo en la resolución que corre agregada a fs.291 de la pieza principal. Por consiguiente, existe una clara infracción de ley por la existencia de un "fallo incongruente con las pretensiones deducidas por los litigantes", por cuanto el Tribunal, en ningún momento en su fallo, hizo alusión a la procedencia o improcedencia de las excepciones. [...] la acción intentada sobre reclamación de daños y perjuicios es totalmente inepta porque la parte actora no esboza adecuadamente la naturaleza de la responsabilidad que reclama. [...] el demandante confunde depósito propiamente dicho y el depósito bancario. El depósito bancario consiste en un depósito irregular porque conlleva la traslación del dominio de los bienes depósitos, razón por la cual el banco no está obligado a la custodia de los bienes depositados, sino que la obligación del Banco depositario se contrae a restituir el dinero cuando así lo requiere el depositante; siendo inaplicable al caso todo lo dicho por la parte actora sobre la base de las normas del depósito regular respecto de la obligación bancaria de guardar y conservar el dinero depositado. [...] En consecuencia, el planteamiento hecho por la parte actora está totalmente fuera de lugar ya que no son aplicables a este caso las reglas de conservación y custodia del depósito propiamente dicho, lo que hace devenir su reclamo en inepto... [...] si el ahorrante no está de acuerdo con el saldo o anotación que el banco hace en la libreta, debe reclamar en tiempo y forma para que se rectifique el saldo que corresponde a los depósitos e intereses recibidos. [.1 Debido a la falta de ejercicio de la acción o pretensión pertinente todos los alegatos de la parte demandante, y la prueba que ha aportado, resultan inoficiosos e impertinentes al presente caso porque las operaciones que arrojan el saldo de la cuenta de ahorros se comprueban mediante la libreta respectiva y no se han desvirtuado en debida forma las anotaciones que en ella constan y así deberá declararse en la sentencia de mérito...[...]. El actor ejerce varias pretensiones o acumula en su demanda varias acciones que ya están prescritas, puesto que se derivan de los contratos de Apertura de Crédito y de Cuenta de Ahorros número 1-02-1200990-2. [...] la acción derivada del contrato de Apertura

de Crédito otorgado por medio de Escritura Pública en esta ciudad a las quince horas del día cuatro de septiembre de mil novecientos noventa y ocho, ante los oficios del Notario Alfonso Pineda Claude, ya prescribió puesto que si el desembolso documentado con el pagaré, tal como se reconoce y afirma en el libelo de demanda, fue el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, los dos años de prescripción concluyeron el treinta y uno de diciembre de dos mil, y la demanda está fechada el veinticuatro de septiembre de dos mil dos, o sea, que cuando fue presentada, el plazo de prescripción estaba cumplido en su totalidad.[...] En conclusión todas las acciones que pueden pretender de los dos contratos, incluyendo por supuesto la acción de indemnización de daños y perjuicios, están prescritas sobre la base del principio accesorio sigue a lo principal, ya que estos últimos esta última está subordinada a las primeras. [...] Respecto a los daños morales, igual que en el resto de la sentencia apelada, no existe la menor justificación ni motivación ni valoración de prueba, para condenar al pago de indemnización por esa causa, haciendo a un lado, desconociendo, la reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia que ha amparado cuando los fallos no se fundamentan." (SIC)

Se corrió traslado al apelado para que contestara agravios, quién en resumen solicitó se confirmara la sentencia venida en apelación, tal como consta de fs.37 al 50 del incidente.

III) El tema de análisis en esta sentencia, es determinar si los DAÑOS Y PERJUICIOS a los que fue condenada la Sociedad SCOTIABANK S.A., antes AHORROMET SCOTIABANK, S.A., no fueron determinados y justificados; alegándose además que la acción de reclamo de perjuicios adolecía de un defecto que la tornaba inepta; alegando también que ésta había ya prescrito; en cuyo caso, se revocará la sentencia y se pronunciará la que fuere conveniente.

En aras de guardar el orden procesal establecido para tratar las excepciones opuestas y alegadas por la parte apelante, entraremos a profundizar sobre la excepción de ineptitud que se estima adolece la pretensión del actor, pues del mismo modo arguye también que no fue dilucidada como correspondía por parte del Juez a quo.

En tal virtud, esta Cámara infiere que la representación de la demandada, claramente comprende lo que la doctrina y la jurisprudencia contemporáneamente concibe como la figura de la Ineptitud de la demanda, ya que lo expone en varios de sus libelos presentados en el caso de autos y dentro de este incidente.

Habida cuenta de lo anterior, conviene retomar lo que este Tribunal ha expresado en reiteradas oportunidades en cuanto a que dicha figura, no es más que el rechazo que el Juzgador hace de una demanda cuya pretensión adolece de elementos que harán un eficaz y eficiente pronunciamiento del fondo del asunto controvertido ya sea estimándolo o no, concurriendo tres casos en los cuales se torna procedente y viable aplicar esta figura procesal, los cuales son a saber: "a) Cuando existe falta de Legítimo contradictor, b) Cuando el actor en la causa carece de interés legítimo y c) Cuando existe error en la acción, es decir, cuando la vía utilizada para el ejercicio de la pretensión, no es la correcta. (Sentencia Ref. 287 SM, de fecha veintisiete de noviembre del 2001).

El apelante, planteó que la ineptitud respondía al hecho que la pretensión del actor debió exigir la resolución del contrato por incumplimiento del mismo con indemnización de daños; suponiendo que dicha reclamación deviene de la relación contractual existente entre la actora y el recurrente, referido a un Contrato de Apertura de Crédito suscrito el día cuatro de septiembre de mil novecientos noventa y ocho, en el cual se estipuló que la convención a celebrar se regirían por las disposiciones contenidas en el capítulo primero del título séptimo del Libro Cuarto del Código de Comercio, es decir, de los Arts.1105 y ss., de dicho cuerpo normativo.

En efecto, la naturaleza jurídica del contrato de préstamo en el contexto actual es un contrato bilateral por el cual el mutuante se obliga a transferir, mediando o no intereses, la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

En el plano contractual toda finalidad de financiación se alcanza siempre mediante la utilización de modelos contractuales típicos como el mutuo o la apertura de crédito.

Se es partidario de la concepción espiritual del préstamo y en plena coherencia de ideas no queda más que colegir la bilateralidad del mutuo; al concebir, como obligación del mutuante, la entrega de bienes designados por su género y del mutuario, la correspondiente devolución del *tantundem eiusdem generis et qualitatis*. Las partes están obligadas recíprocamente una con la otra, ostentando ambos la cualidad de deudor-acreedor, uno frente al otro.

Ahora bien, precisa hacer hincapié en que la naturaleza del contrato de préstamo mercantil o apertura de crédito, deriva modernamente como una forma *sui generis* de un contrato histórico —el mutuo o préstamo de consumo- que alcanzó su madurez en el Derecho Romano, donde superar la etapa de economía doméstica por las complejas relaciones

comerciales determinaron que el Derecho, como supraestructura, organizara medios eficaces y ágiles para responder, sin los engorros naturales del formalismo de la primera etapa, a ese creciente auge económico.

Por ello, apreciamos que la legislación mercantil se halla en correspondencia con el espíritu de lucro que anima a cualquier institución de esta rama del derecho, reconociéndolo como préstamo mercantil al Mutuo; cuya distinción según el Art.1142 C.Com., radica en cuanto a que se otorga por instituciones bancarias o de crédito que realicen tales operaciones o por personas dedicadas a actividades crediticias.

La Doctrina mayoritaria señala que son aplicables en esta materia las normas generales del derecho civil. Y así se regula en nuestro sistema legal en el Art.945 C.Com., que expresa:

"Las obligaciones, actos y contratos mercantiles en general, se sujetarán a lo prescrito en el Código Civil salvo las disposiciones del presente Título".

El capítulo primero del título séptimo del Libro Cuarto del Código de Comercio, nos da un esquema legal privativo de las obligaciones resultantes del contrato en cuestión donde el acreditante (banco) debe efectuar el acreditamiento a favor del cliente en los términos pactados. Con lo que nace para el acreditado un derecho subjetivo patrimonial (o derecho de crédito), que recibe el nombre de **Disponibilidad**, siendo ésta la facultad de utilización del crédito abierto ya sea de dinero o de firma. Además, debe hacer honor a las órdenes que le imparte el cliente. Y, la obligación debe ser cumplida conforme al acto de ejecución que el acreditado elija, en el marco de la modalidad de apertura de crédito contratada. Tales como: Entregando las cantidades de dinero correspondientes, al acreditado o a quien éste indique. Pagando, en nombre y por cuenta del acreditado, deudas contraídas por éste. Atendiendo al pago de cheques girados por el acreditado. Descontando los efectos cambiarlos que el acreditado le presente, como portador legitimado o depositándolo en cuenta a favor del mismo. Aceptando letras de cambio (Ej. Pagarés) Asumiendo las garantías pactadas en el caso de apertura de crédito de firma (fianzas, avales, prendas, hipotecas, etc.)

No obstante, existen obligaciones generales que están contempladas específicamente en las precitadas normas dada su indicación supletoria que rige nuestro código civil respecto del contrato de préstamo.

Así, el resto de obligaciones que emanan del contrato de préstamo mercantil o apertura de crédito, se encuentra reglamentadas a partir de los Arts.1954 y ss. del Código Civil.

De ahí resulta, que tal como se ha dilucidado *ut supra*, la bilateralidad característica del contrato de apertura de crédito supone la condición resolutoria en caso de incumplimiento por cualquiera de las partes lo pactado, a quienes la misma ley les ha provisto a su arbitrio de dos posibles acciones a ejercer: la de resolución del contrato o la de cumplimiento del mismo, adicionándose para ambas el posible reclamo de daños y perjuicios. Art.1360 C.C.

Sobre lo anterior, debemos tener claro que estas dos acciones no son un requisito *sine quon* como lo ha querido hacer ver el apelante, para el ejercicio de la acción de daños y perjuicios que el demandante ha impetrado en el caso de autos, puesto que los perjuicios posibilitados por la condición resolutoria operan en conjunto y a su arbitrio. Y, es que subsidiariamente, la Ley ha previsto además la acción de reparación que compete a alguien para recibir una compensación pecuniaria debido a la lesión en sus intereses, pudiendo derivarse dicha acción de una relación obligatoria o de cualquier otro ilícito civil, penal o administrativo.

Tal es el caso, que el Art.1961 C.C. contempla la acción resarcitoria en el caso siguiente: *"El mutuante es responsable de los perjuicios que experimente el mutuario por la mala calidad o los vicios ocultos de la cosa prestada, bajo las condiciones expresadas en el artículo 1950"* y Art.1427, que establece: *"La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento"*. En esa virtud, la ley le impone la carga al sujeto (mutuante) de acatar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de hechos suscitados a consecuencia de sus propias acciones/omisiones, con afectación negativa en la esfera jurídica de otras personas físicas o jurídicas colectivas.

Del cuerpo de la demanda, la pretensión deducida por el actor, es, sin duda, -a nuestra consideración- la que emanó de un cumplimiento imperfecto por parte del Banco demandado respecto del contrato de apertura de crédito o préstamo suscrito entre la sociedad Inmobiliaria Flor Blanca, S.A. de C.V. y aquél; de lo cual se desprende los perjuicios pretendidos.

En ese sentido, se entiende que los perjuicios pueden estimarse de una misma fuente, que a la vez fue dividida así en dos áreas, diferenciadas según su concepción, de esta génesis única, el **"ALTERUM NON LAEDERE"**(que no es otra cosa que un deber jurídico general de no causar daño a nadie), ha nacido la responsabilidad civil contractual y la extracontractual.

Sin embargo, vale decir que sobre la responsabilidad que se pretendió atribuir al banco demandado, no concurren ambas responsabilidades-contractual y extracontractual-, puesto que la

doctrina apunta que la responsabilidad es extracontractual cuando no existe relación contractual (salvo casos excepcionales en las que el responsable incumple simultáneamente una norma de un bien jurídico protegido) y la responsabilidad es contractual cuando la demanda dirigida por el acreedor insatisfecho pretende la entrega o la reparación de la prestación. La culpa a la que se refiere el actor estriba precisamente de la relación contractual.

Entonces, este Tribunal infiere que de la demanda se incluye erróneamente la culpa como parte de una responsabilidad extracontractual pero como se ha dicho, ésta es absorbida por la contractual, cuya irregularidad al ser de derecho tal omisión en virtud del Principio *Jura Novit Curia* debe ser suplida por el juzgador; y por lo tanto, se considera que la pretensión de resarcimiento planteada por el nexo contractual es perfectamente válida y reunía todos los elementos necesarios para que el juez a quo, entrara al análisis de fondo del mismo; enervando de este modo, la ineptitud alegada por el apelante.

En otro orden, el recurrente invoca también la prescripción como excepción, sobre la acción que deriva del contrato de apertura de crédito, de conformidad a lo estipulado en el Art.995 C.Com., antes de la última reforma sobre los plazos de prescripción de las acciones mercantiles.

Al respecto, es de hacer notar, que la ocurrencia de los hechos que sirvieron de fundamento de la presente acción de perjuicios, se encontraba vigente la Ley de Bancos, que señala un lapso de cinco años para la prescripción de las acciones que derivan de los contratos de crédito otorgados por los Bancos.

Por ser de aplicación preferente a las leyes de carácter general, la norma que servirá de base para el cálculo del término para que opere la prescripción, será el Art. 74 de la Ley de Bancos, el cual, literalmente dice: " No obstante su naturaleza mercantil, las acciones derivadas de los contratos de crédito otorgados por los Bancos y el Fondo de Saneamiento y Fortalecimiento Financiero, prescribirán a los cinco años contados a partir de la fecha del último reconocimiento del deudor reconoció a su obligación" (el subrayado es nuestro)

Se observa de la documentación aportada a fs.21 p.p., que la concurrencia de los factores para que se configurara una relación de causalidad adecuada, es a partir del instante en que el Banco demandado reconoce el incumplimiento de su obligación en fecha catorce de diciembre del año dos mil, informando que había aplicado los fondos provenientes del desembolso número seis, a un destino diferente del contractualmente

estipulado, momento a partir del cual le nace el derecho al afectado a pedir su reparo.

Como se ve, el ejercicio de la pretensión resarcitoria ocurre en fecha veinticuatro de septiembre del año dos mil dos, cuyo emplazamiento consta realizado el día trece de octubre de dos mil tres, a fs.126 p.p. con lo cual se interrumpe el tiempo para que corra la prescripción, y lapso dentro del cual aún no había transcurrido los cinco años a que se refiere el Art.74 de la Ley de Bancos; por cuya causa, la excepción interpuesta es inoperante y carece de base legal; debiéndose desestimar por tal virtud.

Ahora bien, se opuso la misma excepción prescriptiva respecto al manejo indebido de la cuenta número uno-cero dos-uno dos cero cero nueve cero-dos a nombre de la sociedad demandante, por hacerse cargos a la misma sin autorización del ahorrante. De ello, precisa aclarar que la relación de causalidad pierde conexión con las transacciones derivadas del Contrato de Apertura de Crédito, debido a que el saldo que se alega en deber por el banco, provienen de fondos por depósitos realizados por la señora Irene Margarita Bustamante de Albanéz, mediante un cheque por la cantidad de Trescientos noventa mil colones, que según expresa la actora fueron cargados indebidamente.

Sobre este punto, las acciones que deriven del contrato de depósito a cuenta de ahorro o corriente, es una responsabilidad civil que emana de hechos independientes, y que si bien, podrían acumularse por tratarse del mismo responsable, de conformidad a lo establecido en los Arts.995 romano I y 1221 C.Com., ya se encontraban prescritas al momento de ejercitar la acción resarcitoria; por lo que así habrá que declararse.

En cuanto a lo hechos fácticos que sirvieron de fundamento en el caso de autos, para pronunciar la sentencia ahora impugnada, el recurrente esgrime que los daños y perjuicios reclamados no fueron debidamente determinados dado que "no existe prueba alguna" que demuestre la existencia de los supuestos perjuicios reclamados, siendo ello un requisito para la procedencia de la indemnización del daño causado. Sobre el valor de la prueba, objeta que el contrato de apertura lo único que prueba es el vínculo contractual. Que la existencia del mismo, no conlleva necesariamente a su incumplimiento, ni su incumplimiento implica automáticamente la existencia de los daños y perjuicios, ni finalmente la existencia de los daños establece su monto, pues estos extremos deben ser comprobados por los medios de prueba pertinentes, lo cual no se ha hecho en esta causa.

Como punto de partida, es importante destacar que la responsabilidad civil en general debe ser conceptualizada como "un conjunto de consecuencias jurídicas a las que los particulares se someten por el hecho de haber asumido una situación jurídica pasiva sea en forma voluntaria o por efectos de la ley; siendo una de las funciones de la reparación civil, la resarcitoria; misma que se pretende hacer valer por la sociedad demandante.

Todo daño a efectos de ser indemnizado debe ser cierto, esto significa que quien alegue haber sufrido un daño debe demostrar su ocurrencia, tal como lo exige además nuestra legislación, en el plano procesal. Al respecto, no es cierto que en el caso de autos no exista prueba alguna como lo asevera el apelante, puesto que este Tribunal ha examinado el expediente del presente proceso donde consta que se aportó tanto prueba documental como la pericia.

Se exige que el daño sea cierto o real, esto es, efectivo. El daño indemnizable debe ser directo, debe provenir directamente del hecho del autor o del incumplimiento de una obligación contractual.

En ese orden de ideas, el impetrante expresó que la aportación del contrato de apertura de crédito, no probaba más que el vínculo contractual.

Según YZQUIERDO TOLSADA la Responsabilidad Civil Contractual es aquella que se produce cuando, existiendo una relación obligatoria previa entre dos o más partes, una de ellas incumple su prestación contractual y ello provoca daños a la/s otra/s. Es importante hacer notar, que el daño debe producirse precisamente por el incumplimiento contractual del deudor y que el acreedor y la prestación ya estaban determinados de antemano. Para el caso en concreto, la prestación establecida era la entrega efectiva de dinero para cancelar un préstamo número 371-276-5; y la Urbanización y el financiamiento de Construcción de Ciento dieciséis viviendas. A fs.26 p.p.

Pues bien, a la acotada responsabilidad se encuentra incorporado íntimamente el nexo causal, que se define como la relación existente entre el hecho determinante del daño y el daño propiamente dicho, es una relación de causa efecto; esta relación causal nos permitirá establecer hechos susceptibles de ser considerados hechos determinantes del daño, cual es aquel que ocasionó el mismo que produce finalmente el detrimento, así como entre una serie de daños susceptibles de ser indemnizados los cuales merecerán ser reparados.

Nuestra legislación hace uso del criterio adoptado en la teoría sobre la relación causal. Art.1427 C.C. Es necesario que entre el incumplimiento, por una parte, y el daño o perjuicio por otra, medie una relación de causalidad: que el daño sea consecuencia inmediata y directa del incumplimiento o del hecho dañoso, en su caso.

Entonces, la responsabilidad civil contractual exige necesariamente, que el daño provenga del incumplimiento de una obligación contractual, el cual debe reunir los siguientes requisitos:

- a) Afectación personal del daño: En todo supuesto indemnizatorio se verifica la existencia de una relación entre el sujeto responsable y la víctima, siendo esta última la llamada a solicitar la reparación por haberse perjudicado su interés. El daño se va concebir como el menoscabo de un interés, diferenciándolo con el bien jurídico que es concretamente afectado.
- b) Que el daño sea injusto: Hacemos referencia con este requisito a que el daño debe haberse producido por efectos de un hecho generador de un supuesto de responsabilidad civil, en otras palabras un daño cuya realización no sea "justificada".
- c) Subsistencia del daño: Que no haya sido indemnizado con anterioridad; y
- d) Certeza: Una certeza lógica y una certeza fáctica, este requisito está relacionado, y supone una seguridad en cuanto a su existencia y que haya irrumpido a la realidad actual, daño que recién se hace patente en virtud al accionar del sujeto pasivo u obligado.

Vista esta cuestión previa, veamos si en el caso sub júdice, existe la relación entre un hecho determinante de daño y el daño propiamente dicho ocasionado al reclamante. De tal manera, que el actor manifestó en su demanda que: "...al haber tomado el banco en forma inconsulta el saldo del crédito destinado para la construcción de las viviendas del proyecto Brisas de Acajutla, aplicándolo a fines distintos de los contractuales convenidos, provocó que todo el proyecto se descapitalizara y consecuentemente se llegara a la paralización del mismo..."

Ya en esta situación, es preciso analizar si dentro del plano procesal se logró demostrar el hecho determinante de daño, el cual según lo hemos dilucidado, recaería en el incumplimiento o cumplimiento imperfecto del Banco de sus obligaciones contractuales. De aquí, cabría separar dos cuestiones a entender.

La primera es que si bien, los alegatos expuestos por el demandante fue que el

incumplimiento del banco radica en haber dirigido los fondos por virtud de una apertura de crédito a un destino diferente del convenido; debemos distinguir, que por la naturaleza del contrato objeto de análisis, dicha dirección contractual incumbe al acreditado y no al banco. Ahora bien, para que el acreditado pudiese cumplir con esta obligación a su cargo, existía como premisa obligacional por parte del Banco de liberar la suma de dinero pactada poniéndola a disposición efectiva del acreditado en la época previamente acordada. Pues, hay que recalcar que la apertura de crédito es un contrato: real, consensual y bilateral.

La segunda es que, en base a la prueba documental destilada como soporte de los hechos, consta a fs.21 p.p. un documento privado consistente en una correspondencia del Banco dirigida a Inmobiliaria Flor Blanca, del cual vale mencionar no fue redargüido de falso su contenido, siendo el derecho de oposición a la demanda precisamente la oportunidad para dar una respuesta por parte del reo a la demanda del actor confesando o contradiciendo la acción y sus fundamentos; por lo que de conformidad a lo establecido en el Art.268 Pr.C. éste adquiere reconocimiento judicial; en el cual consta una declaración expresa por parte del banco de haber cargado la cuenta número uno-cero dos-uno dos cero cero nueve cero-dos, en la cual se efectuó un depósito por parte del banco por la suma de DOS MILLONES TREINTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL COLONES CON NOVENTA Y TRES CENTAVOS DE COLÓN que correspondía a un desembolso soportado mediante el pagaré número seis.

Este mismo hecho, tiene íntima conexión con el informe rendido por la Superintendencia del Sistema Financiero, documento que vale decir la Ley califica como auténtico al ser expedido por funcionarios que ejercen un cargo por autoridad pública en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones, Art.260 Pr.C. y en el cual se expresa lo siguiente: *"...Con fecha 31 de diciembre de 1998, Ahorromet Scotiabank, S.A. ahora Scotiabank El Salvador, S.A., realizó un desembolso del préstamo referencia número 320-496-4, a cargo de la sociedad Inmobiliaria Flor Blanca, S.A. de C.V. mediante la emisión del pagaré número seis por ø2,036,466.93, destinándolo principalmente como abono a obligaciones a cargo de las sociedades Urbanizadora Madretierra, S.A., Villa R, S.A. de CV y CO URBAN, S.A. de C. siendo el destino del crédito según contrato de fecha 4 de septiembre de 1998, la cancelación del préstamo referencia N°361-266-5 y la Urbanización y construcción de 116 viviendas...La transacción antes descrita no posee soporte legal, dado que en el contrato de la cuenta de*

*ahorros N°. 1-02-12090-2 no quedó establecido que el banco podría efectuar **cargos** de dicha cuenta para aplicados en obligaciones a cargo de sociedades relacionadas con la titular de la misma..."(SIC)*

De lo apuntado anteriormente, este Tribunal juzga que el hecho constitutivo de daño nació del cumplimiento imperfecto de las obligaciones del acreditante (banco), puesto que aparentemente realizó el desembolso número seis depositándolo en la cuenta de ahorros a nombre de la sociedad acreditado número uno-cero dos-uno dos cero cero nueve cero-dos, cero que posteriormente cargó por la misma totalidad de dicho abono, es decir, por los mismos DOS MILLONES TREINTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL COLONES CON NOVENTA Y TRES CENTAVOS DE COLÓN, aplicándolo a otros entes jurídicos con diferentes créditos, según consta en los hallazgos informados por los peritos de fs.255 al 257 2ºp, en recibos de préstamos y en informe rendido por la Autoridad referida que corren agregados de fs.144 al 150 p.p.; y por lo tanto, jamás realizó una entrega real y efectiva al Acreditado (IFB) de la suma de dinero pactada, ya que éste nunca obtuvo la **Disponibilidad** sobre ella, siendo ésta la facultad de utilización del crédito abierto a su Destino contractual de parte del acreditado.

La responsabilidad contractual puede provenir además de los deberes accesorios, que integran igualmente la relación jurídica. En el presente caso, consistiría en hacer la entrega real del dinero ya sea personalmente a un encargado representante de la Sociedad acreditada o por cualquier medio que las partes hubieran acordado. No obstante, el banco acreditante se valió de otras facultades atribuidas por virtud del depósito en cuenta de ahorros; pues tal como lo han expresado los abogados de la demandada, constituye un Depósito irregular cuyo carácter consiste en que el depositario recibe la propiedad de las cantidades depositadas, pero dentro de los límites que le rigen. Es decir, que doctrinariamente ésta figura supone el hecho de que el banco admite diversos y sucesivos abonos para sus ingresos en la cuenta y sucesivas disposiciones para cargo autorizado o directo por el depositante. (Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, Joaquín Rodríguez Rodríguez, vigésimo sexta edición).

De ahí resulta, que el cargo efectuado por el Banco acreditante no puede dimensionarse de forma separada con las obligaciones derivadas del contrato de apertura de Crédito, puesto que ésta fue únicamente accesoria al mismo, utilizado como el mecanismo a través del cual se le haría la entrega real y efectiva al acreditado, en función de concretizar las obligaciones propias

del Banco y respecto de lo cual se evidencia haberse simulado la entrega.

Ahora bien, incumbe pormenorizar de lo establecido, si el cumplimiento imperfecto del banco, le causó un detrimento al acreditado, pues la acción perjudicial implica que quien alegue haber sufrido un daño debe demostrar su ocurrencia. Se exige que el daño sea cierto o real, esto es, efectivo.

Así, la sociedad demandante alegó que su Representada habría sufrido en concepto de Daño Emergente al haber tomado el banco en forma inconsulta el abono hecho en virtud del crédito destinado para la construcción de las viviendas del proyecto Brisas de Acajutla, provocando que todo el proyecto se descapitalizara y consecuentemente se llegara a la paralización del mismo, por la suma de DOS MILLONES TREINTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS COLONES CON NOVENTA Y TRES CENTAVOS; y en cuanto al Lucro Cesante, reclamó DOS MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS COLONES CON CUARENTA Y NUEVE CENTAVOS DE COLON, más por el manejo indebido de la cuenta de ahorros DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y DOS COLONES CON CUARENTA CENTAVOS.

A efecto, de comprobar el referido perjuicio consta a fs.142 p.p. que por escrito de fecha tres de marzo del año dos mil cuatro, la parte actora en base a los Arts.1.56 Pr.C. y 32 L.Pr.Mr. impetró la exhibición de documentos como registros contables, asientos y además documentos relacionados con el presente litigio, proponiendo algunos como esenciales para relacionarlos con el objeto de su pretensión y sugiriendo al Juez la participación de los peritos contables si fueran necesarios. A fs.142 vto. p.p.

A este respecto, el impugnante sostiene que la sociedad demandante solicitó una exhibición de documentos siendo esto lo ordenado por el Juez a quo, pero que él en algunas providencias se refirió sobre inspección lo cual era diferente a lo pedido. Añade, que los documentos que pidieron los peritos no tenían nada que ver con el objeto sobre el cual recaía la prueba, es decir, no eran documentos que estaban estrictamente vinculados al crédito que su representada había otorgado a Inmobiliaria Flor Blanca, S.A. de C.V. y que la validez de la peritación pende que exista un encargo judicial previo sobre los puntos específicos, en que deban pronunciar su dictamen. Que el Juez a quo nunca les encomendó a ellos nada que diera pauta para concluir cual debió ser el contenido de un informe. Que no fue posible determinar el

resultado real del proyecto y mucho menos estaban facultados para hacer comentarios o conclusiones entonces no fue posible determinar el resultado real del proyecto, y segundo, que la cantidad en concepto de lucro cesante es la citada por ellos, sin que se conozca cual fue la base para llegar a dicha conclusión.

Pese a lo antes apuntado, este Tribunal estima que si bien el juez a quo en algunas resoluciones se refirió a la exhibición como inspección, éste mismo en la resolución de fs.214 p.p. manifiesta que en dicha diligencia respetaría los "parámetros" relativos a la inspección por peritos, pero en ningún momento dejó de entender cuál era el objeto de aquella, de tal suerte que no se ha producido ninguna consecuencia jurídica calamitosa en la concretización de la referida diligencia, pues, contrario a lo que ha expresado el recurrente, consta a fs.192 p.p., la orden de practicar la exhibición en el lugar señalado por el actor para tal efecto. Y por consiguiente no encontramos una incongruencia con lo pedido y lo resuelto puesto que el resultado final de la diligencia fue la referida exhibición.

Continuando con este mismo punto, cabe destacar que no es cierto que el juez no haya dado una pauta sobre a que debería consistir el peritaje, ya que esta Cámara observa en la providencia de fecha nueve de junio de dos mil cinco, párrafo quinto que el juez resolvió: "...De conformidad a lo dispuesto en el Art.347 Pr.C., previéndose a las partes intervinientes para que en forma unánime y espontánea propongan el nombre de dos peritos que intervengan en la diligencias antes ordenada...". Veamos, a que se refiere la disposición que invocó el juez a quo como fundamento de su resolución.

El Art.347 Pr.C. contempla: "No podrá hacerse liquidación, tasación, ni vista de ojos en el caso del artículo 367, sino por dos peritos nombrados por el Juez, excepto que todas las partes propongan espontánea y unánimemente el nombramiento de dos peritos, o de uno solo...".

De la precitada norma, claramente puede colegirse dos aspectos: El primero, es que en virtud de la exhibición que se ordenaba practicar en el párrafo segundo de la citada resolución, aquella por sí misma no instruiría al juzgador para dictaminar sobre el caso en estudio, ya que él no podría interpretar adecuadamente los documentos a exhibir puesto que algunos de ellos eran contables; razón por la cual, necesariamente tenía que servirse de un facultativo en la materia.

Segundo: el Juzgador no perdió de vista el objeto del litigio en el caso de autos, pues por ello invocó la norma que precisa sobre liquidación de los daños y perjuicios reclamados, y de conformidad a lo establecido en el Art.962 Pr.C.; por ende, el trabajo de los facultativos debía,

entre otras cosas, referirse a ponderar sobre las irregularidades dañosas que hubieran encontrado en la documentación puesta a su conocimiento, sin perjuicio que tal como lo regula el Art.32 inciso 5 L.Pr.Mr. se pidieran otros documentos atinentes al giro de la empresa mercantil.

Paradójicamente a lo esbozado por el recurrente, consta en su escrito presentado en fecha quince de noviembre de dos mil seis, a fs.243 2ºp. que éste manifiesta al juez a quo en el párrafo segundo lo siguiente: *"...por lo tanto, se debe entender que ya el objeto del peritaje quedó definido y que no se puede alterar de ninguna manera"*; es decir, que la parte demandada perfectamente entendió cual era el objeto del peritaje motivo por el cual no son asequibles los argumentos expresados respecto a la validez de la diligencia en comento.

Pero, retornando el análisis de la cuantificación de los daños, este Tribunal estima que la prueba pericial fué el elemento probatorio indispensable para la estimación de los mismos. En ese sentido, se observa en el romano II del informe pericia) de fs.254 al 255 de la 2ºp., que los peritos encontraron en los registros contables del banco demandado, específicamente en lo relativo al crédito número tres dos uno-cuatro nueve seis-cuatro, suscrito el día cuatro de septiembre de mil novecientos noventa y ocho, que en la partida número cuatro se explica la contabilización del pagaré número seis donde se aprecia que "no se puso a disposición de inmobiliaria Flor Blanca, S.A. de C.V.", el valor del citado pagaré pues consta que su aplicación fue para cancelar préstamos de otras empresas y parte, para cancelar préstamo de Inmobiliaria Flor Blanca, S.A. de C.V., que aunque es a cargo de la empresa, no estaba autorizado para hacerlo, concluyendo que la suma de DOS MILLONES TREINTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS COLONES NOVENTA Y TRES CENTAVOS DE COLON, se aplicaron a fines distintos de los previstos contractualmente, con lo que el Banco demandado afectó económicamente a la referida Sociedad.

Sobre la base de este análisis pericial, se considera que la parte actora al verse privada de la disponibilidad de los fondos previstos para el desarrollo de la construcción de viviendas, objeto del destino pactado; con ello, el daño emergente, tal y como lo alegó la demandada, recae sobre la cantidad que le debió servir como capital de trabajo en el momento de su desarrollo, es decir, la cantidad de DOS MILLONES TREINTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS COLONES NOVENTA Y TRES CENTAVOS, y por lo tanto así habrá que estimarse.

En lo referente al valor de los daños en concepto de lucro cesante, la actora reclamó la cantidad de DOS MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y DOS MIL SE 1 ECIENTOS TRES COLONES Y CUARENTA Y NUEVE CENTAVOS, más DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SEIS COLONES NOVENTA CENTAVOS, por el manejo indebido de los fondos de la cuenta de ahorros por parte del banco.

Sabemos pues, que el Lucro Cesante se entiende como la ganancia dejada de percibir o el no incremento en el patrimonio dañado, estimación que se deduce cuando por motivo de aprobación del contrato de Apertura en cuestión, los peritos manifiestan que el Banco tuvo recibida de la Sociedad Inmobiliaria Flor Blanca, S.A. de C.V., la proyección del valor del proyecto por un valor global de *Diecisiete millones ciento dos mil setecientos noventa y tres colones*, cuya utilidad se proyectó en DOS MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y DOS MIL SE 1 ECIENTOS TRES COLONES CON CUARENTA Y NUEVE CENTAVOS DE COLON. Sobre el valor total del proyecto el Banco demandado le informó que financiaría el setenta y cinco por ciento (75%). En este punto, los peritos expresaron que la sociedad demandante no pudo obtener su supeditadas para su aplicación, el estar desarrolladas en una Ley secundaria, en virtud del principio de Supremacía que las mismas gozan. De la supranorma dicha, se pone de relieve una posición subjetivista que trata de alteraciones que sufre el espíritu de una persona en sus facultades de "entender, querer o sentir" es decir a pasiones que son propias del ser humano y excluyen *ab-Initio* que ese perjuicio pueda alcanzar a una persona de existencia ideal, y dentro del contexto en que se rige, lógicamente es un bien tutelado estrictamente a la persona humana; sin poderse concebir dentro de ella, que las personas de existencia ideal sufran este tipo de perjuicio; y por tal motivo este punto debe desarrollarse en lo pertinente **en base a la doctrina de los expositores de derecho sobre la materia**, Art. 421 Pr.C..

Para los juristas Morello y GabrielStiglitz de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, el daño moral solamente lo experimenta "la persona física en cuanto ve menoscabadas sus afecciones legítimas, tranquilidad anímica o sentimientos a consecuencia de una acción u omisión ilícita dañosa"; ya que de sufrir perjuicios una persona jurídica, sólo traduciríanse en consecuencias económicas, en tanto que, perjudiciales, no dejarían de constituir un daño con repercusión patrimonial más no extrapatrimonial.

No existe disparidad de criterio para este Tribunal, puesto que nuestra Constitución no contempla la protección de esos derechos subjetivos a la persona ideal o jurídica, ni mucho menos podría aplicársele legislación secundaria que la desarrolle.

En consecuencia, la responsabilidad contractual reclamada por la actora no debe ni puede trascender a la esfera de los daños morales que como se ha apuntado no pueden ser sujetos pasivos de daño moral; y utilidad proyectada debido a que tuvo que entregar el proyecto al Banco. A fs.258 de la 2ºp., aspecto que se corroboró en la ampliación del mismo peritaje, a fs.346 de la 2ºp.

Partiendo de la prueba aportada en el proceso, esta Cámara estima que la descapitalización sufrida por Inmobiliaria Flor Blanca, S.A. de C.V., condujo a que ésta no logrará finalizar a buen término el proyecto de viviendas denominado Brisas de Acajutla, por lo cual en efecto hay un impedimento de enriquecimiento legítimo, y en tal virtud, el reclamo por la cantidad de DOS MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y DOS MIL SETECIENTOS TRES COLONES Y CUARENTA Y NUEVE CENTAVOS, en concepto de lucro cesante queda plenamente determinada, en consecuencia es asequible su reclamación.

Con relación al manejo indebido de la cuenta de ahorros uno-cero dos-uno dos cero cero nueve cero-dos, por cargos sin autorización del cheque abonado por la sociedad demandante, es conducente no estimarlos por cuanto es una responsabilidad resarcitoria que derivó de un derecho prescrito, tal como se ha dilucidado *en esta sentencia*,

Por último, en el presente estudio, es importante retomar lo que esta Cámara ha expresado en reiteradas oportunidades en cuanto a los daños morales, al señalar que en efecto la responsabilidad civil se funda en el máximo postulado del derecho, cual es no perjudicar a otro injustamente y que se traduce en el deber que pesa sobre toda persona por el hecho de vivir en sociedad, deber que incluye el leal cumplimiento de las obligaciones concretas o impuestas por la ley.

El Art. 2 de la Constitución, establece que habrá lugar a indemnización por daños morales. Ahora bien, es pertinente dar una interpretación de aplicación directa, es decir que éstas no se encuentran por ende, todos los daños que puedan ocasionarse a las personas jurídicas tienen siempre una dimensión económica.

En ese orden, el Juez a quo estimó condenar al Banco Scotiabank El Salvador, S.A., en concepto de daños morales, sin fundamento legal y doctrinal, por lo que con base a los anteriores

razonamientos esta Cámara, estima procedente revocar la sentencia apelada sobre este tema por no estar conceptuada a derecho en lo relativo a la condenación de VEINTE MILLONES DE COLONES por los referidos daños morales; y deberá revocarse además en cuanto al monto que se estimó en concepto de lucro cesante, por el manejo indebido de la cuenta de ahorros uno-cero dos-uno dos cero cero nueve cero-dos, que ascendía a DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y DOS CON CUARENTA Y SEIS CENTAVOS DE COLON.

POR TANTO, de conformidad a los razonamientos efectuados, disposiciones legales citadas y Arts.1089 y 1091 Pr. C. a nombre de la República de El Salvador, DIJERON: a) Ha lugar la excepción de prescripción de la acción resarcitoria ejercida por saldos pendientes en virtud del mal manejo de la cuenta de ahorros número uno- cero dos-uno dos cero cero nueve cero-dos; b) Revócase la Sentencia Definitiva en cuanto a no tener ha lugar los daños morales reclamados y estimar únicamente el daño emergente y lucro cesante de los daños reclamados por la cantidad total de CUATRO MILLONES SEISCIENTOS VEINTINUEVE MIL CIENTO SLIENTA COLONES CON CUARENTA Y DOS CENTAVOS DE COLON o su equivalente en dólares; y c) No hay condenación especial en costas.

Vuelva a pieza principal al Juzgado de origen con certificación de Ley.

Pronunciada por los Señores Magistrados que la suscriben